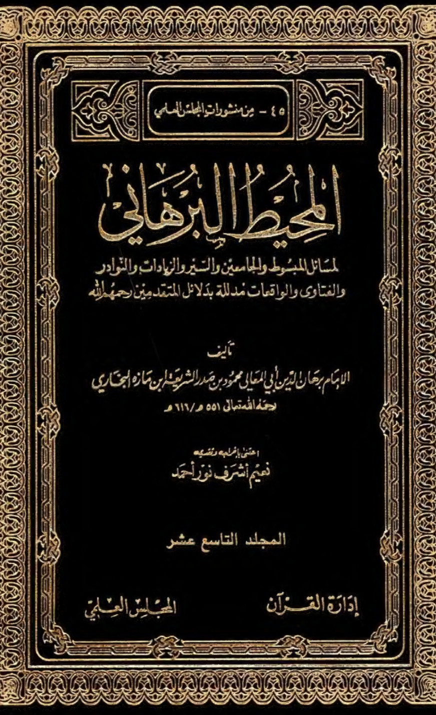


٤٥ - من منشورات المجلس العلمي
المحيط البرهاني
لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله
تأليف
الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ
اعتنى بإخراجه وتصحيحه
نعيم أشرف نور أحمد
المجلد التاسع عشر
إدارة القرآن
المجلس العلمي

المحيط البرهاني

أول طبعة كاملة في العالم الإسلامي

سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

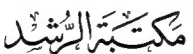
* ٤٣٧ دي گاردن إيست لسبيله كراتشي ٧٤٥٥٠ باكستان
الهاتف: ٧٢١٦٣٨٨ فاكس: ٧٢٢٣٦٨٨-٠٠٩٢٢١
* اردو بازار، ايم اے جناح روڈ كراتشي تلفون: ٢٦٢٩١٥٧
* H-8/1 إستريت 3 مقابل الشفاء إنترنيشنل هاسپتل، إسلام آباد

المجلس العلمي

P. O. Box: 1, Johannesburg 2000, South Africa.
E-mail: wii@global.co.za

At Post Simlak Dist. Navsari Gujrat 396415, India.	Al-Madina Garden Jamshed Road # 2 Karachi 74800, Pakistan.

طبع في مؤسسة نزيه كركي ــ بيروت ــ لبنان

الموزع بالمملكة  الرياض، السعودية

الفصل الخامس عشر
فيما إذا مات المزارع أو العامل ولم يدر ماذا صنع بالزرع أو الثمر

١٨٤٧٨- قال محمد رحمه الله : إذا مات المزارع ولم يدر ما ذا صنع بالزرع، فقال صاحب الأرض : استهلكه المزارع، وقال : ورثة المزارع سرق الزرع، فإن حصته رب الأرض من الزرع تكون دينًا فى مال المزارع، ولا يلتفت إلى قول ورثة المزارع : إنه سرق، وهذا لأن حصة رب الأرض من الزرع كان أمانة فى يد المزارع بدليل أنه إذا هلك الزرع فى يد المزارع لم يضمن لرب الأرض شيئًا، فإذا مات ولم يبين، فهذا أمين مات مجهلا، فيصير ضامنًا، فإن وقع الاختلاف فى مقدار قيمة الزرع قبل الموت فالقول قول ورثة المزرع؛ لأن رب الأرض يدعى عليهم زيادة وهم ينكرون.

وكذلك الجواب فى المعاملة إذا مات العامل، ولا يدرى ماذا صنع بالثمار، فإن حصة صاحب النخيل من الثمار يكون دينًا فى ماله لما ذكرنا.

وهذا كله إذا عرف خروج الثمار ونبات الزرع، فأما إذا لم يعلم فلا ضمان، فإن ترك العامل مالا من دراهم أو دنانير، وكان عليه دين الصحة، فصاحب الأرض والنخيل أسوة للغرماء، يريد به إذا علم بالمزارعة والمعاملة فى حال الصحة، وإنما كان كذلك؛ لأن سبب وجوب هذا الدين عقد المزارعة والمعاملة؛ لأن التجهيل لا يتحقق بدون ما تقدم من العقد السابق، فيكون الوجوب مضافًا إليه، والدين متى وجب فى حالة المرض بسبب كان فى حالة الصحة، فإنه يساوى دين الصحة كما لو كفل لرجل فى حالة الصحة بما يذوب له على فلان، فذاب للمكفول له على المكفول عنه شيء فى مرض موت الكفيل، وعلى الكفيل دين الصحة، فإنهما يستويان، وطريقه ما قلنا، وإن كان لا يعلم المزارعة والمعاملة إلا بإقرار المريض كان هذا بمنزلة دين المريض الذى وجب بإقراره فى المرض، فيكون مؤخرا عن ديون الصحة -والله أعلم-.

الفصل السادس عشر
فى مزارعة المريض ومعاملته

١٨٤٧٩ - مسائل هذا الفصل تبنى على أصل أن تصرف المريض فى مرض الموت فيما لم يتعلق به حق الغرماء والورثة، وتصرف الصحيح سواء، وتصرفه فيما يتعلق به حق الغرماء أو الورثة على قسمين: قسم لا يبطل حق الغرماء والورثة، بل ينقل حقهم من محل إلى محل هو مثله فى المالية نحو البيع وأشباهه، وهذا القسم من تصرفه وتصرف الصحيح سواء، وقسم يبطل حق الغرماء والورثة، وهذا القسم من تصرفه محجور عنه كالتبرع، ثم حق الغرماء والورثة إنما يتعلق بمال يجرى فيه الإرث كأعيان التركة، أما مال لا يجرى فيه الإرث كالمنافع، فلا يتعلق به حقهم، وكذا ما يجرى فيه الإرث إلا أنه ليس بمال ولا له حكم المال كالقصاص، فإنه لا يتعلق به حقهم، وهذا لأن تعلق حق الورثة بمال المريض عرف بالشرع، والشرع إنما علق حقهم بما يقع به الغناء لهم، فإنه روى أن رسول الله ﷺ حين سئل عن الوصية بأكثر من الثلث، فقال: الثلث، والثلث كثير لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس، فإنما أثبت حقهم فيما يقع لهم الغناء بذلك عن الناس بعد موته، وإنما يقع[1] لهم الغناء عن المسألة بما هو مال لا بما ليس بمال، ثم يتعلق حقهم بمال يجرى فيه الإرث كالمنافع؛ لأن حق الورثة إنما يتعلق بما كان مملوكًا للمورّث، ثم ينتقل إليهم من جهة الميت بالموت، وإنما يتحقق الانتقال إليهم من جهة الميت فى أعيان المال؛ لأنها مما تبقى زمانين، فأما المنافع فلا تبقى زمانين، فلا يمكن أن يعتبر ملكًا للميت، ثم منتقلا منه إلى الوارث، وبعد الوقوف على هذه الجملة جئنا إلى المسائل.

١٨٤٨٠ - قال محمد رحمه الله فى "الأصل": وإذا دفع المريض مرض الموت أرضًا مزارعة بشرائطها، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون البذر من جهة المزارع، وفى هذا الوجه المزارعة جائزة سواء كان المزارع أجنبيًا أو وارثًا، وسواء كان على

(١) وإنما أثبت لهم الغناء.

المريض دين مستغرق أو لم يكن، وسواء كان المشروط للمريض من الخارج مثل أجر مثل الأرض أو أقل، وسواء كان للمريض مال آخر سوى الأرض أو لم يكن، وهذا لأن البذر إذا كان من جهة المزارع فالمريض يكون مؤاجرًا للأرض، والمؤاجر يملك المنفعة لا عين المال، فيصير المريض مملكًا منفعة من المزارع، وحق الغرماء والورثة لا يتعلق بالمنافع، فكان تصرف المريض فى المنافع، وتصرف الصحيح سواء، والصحيح لو دفع أرضه مزارعة، يجوز كيف ما دفع، فكذا المريض، ألا ترى أنه لو أعار الأرض يجوز مع أن الإعارة تمليك المنفعة بغير بدل، فلان تجوز المزارعة، وإنما تمليك المنفعة ببدل يسير أولى.

الوجه الثانى : إذا كان البذر من جهة المريض أيضًا، ولم يكن للمريض مال آخر سوى الأرض والبذر، وهذا الوجه على وجهين : الأول : أن يكون المزارع أجنبيًا، ولا دين على الميت، فإنه ينظر إلى حصة المزارع من الزرع يوم نبت، وصار له قيمة، وإلى أجر مثل عمل المزارع فى المزارعة، فإن كان قيمة حصته من الزرع يوم نبت، وصار له قيمة مثل أجر مثل عمل المزارع أو أقل سلم للمزارع حصته من الزرع مع ما يزداد بعد ذلك إلى يوم الحصاد، ولايعتبر فى الزيادة حكم الوصية، وهذا لأن البذر متى كان من جهة المزارع كان المريض مستأجرًا للمزارع ببعض الخارج من بذره يوم صار للخارج قيمة، فإذا كان حصة المزارع مثل أجر مثل عمله يوم صار للخارج قيمة كان هذا من المريض تصرفا فى عين ماله بعوض يعدله، وإنه صحيح من المريض مع الأجانب بلاخلاف، وإنما سلم الزيادة على أجر المثل يوم خرج، وصار له قيمة إلى يوم الحصاد للمزارع من غير اعتبار معنى الوصية فيها؛ لأن المزارع قبض الأجر؛ لأن الأجر بعض الخارج، والأصل وهو البذر كان فى يده[1]، فالمتولد من البذر يكون فى يده أيضًا، وقد صح قبضه لحصته من الزرع؛ لأن ذلك مثل حقه، والزيادة إنما حصلت بعد قبض صحيح، فحدث على حكم ملك القابض.

ثم إنما اعتبر قيمة الخارج ولم تعتبر قيمة البذر؛ لأن المريض ما جعل البذر أجرًا للمزارع إنما جعل الأجر بعض الخارج، فاعتبر قيمة الخارج لا قيمة البذر، لهذا إلا أنه

(١) وفى الأصل : "كان فى يده"، قال : ولا شىء من البذر يكون فى يده أيضًا، وقد صح.

كما خرج لايصلح أجرًا؛ لأنه لاقيمة له، فيجب اعتباره يوم صار له قيمة، وإنما لم يعتبر قيمة يوم الحصاد؛ لأن ما يزداد عليه بعد ما نبت وصار له قيمة يزداد على ملك المزارع، فلا يعتبر أجرًا؛ لأن الأجر ما يكون ملك المستأجر لا ملك الأجر، وإن كان قيمة حصته من الزرع يوم نبت وصار له قيمة أكثر من أجر مثل عمله، ينظر إن كان حصته المزارع تخرج من ثلث مال الميت يكون الكل سالـمًا للمزارع بعضه بطريق الوصية وبعضه بطريق المعاوضة، وإن كان حصته من الزرع لا تخرج من ثلث ماله، إن أجازت الورثة ذلك فكذلك الجواب يسلم للمزارع جميع ذلك، وإن لم تجز الورثة ذلك يسلم للمزارع قدر أجر مثل عمله بحكم المعاوضة، وثلث ما بقى إلى تمام المشروط يسلم له بحكم الوصية، والباقى يكون للورثة، ويعتبر الوصية فى جميع ما ازداد على أجر المثل إلى يوم الحصاد، يريد به أن فيما ازداد على أجر المثل تعتبر قيمته يوم الحصاد بخلاف ما تقدم، فإن هناك لا تعتبر فى الزيادة حكم الوصية؛ لأن الزيادة هناك حصلت بعد قبض صحيح من المزارع، فيعتبر حادثة على ملك المزارع، أما ههنا قبض المزارع زيادة على أجر المثل لم يصح، فصار قبضه فى حق الزيادة ملحقًا بالعدم، والزيادة فيما زاد على أجر المثل حصلت قبل القبض، فكانت حادثة على حكم الميت.

هذا إذا كان المزارع أجنبيًا، ولم يكن على الميت دين، فأما إذا كان عليه دين مستغرق لجميع ماله إما دين الصحة، وإما دين المرض، فإنه ينظر إلى قيمة حصة المزارع يوم نبت وصار له قيمة، وإلى أجر مثل عمله، فإن كان قيمة حصته من الزرع يوم نبت وصار له قيمة مثل أجر مثل عمله أو أقل من أجر مثل عمله، فإن ما شرط للمزارع من الزرع لا يسلم له، بل يشاركه فيما قبض غرماء المريض، ويقسم ما قبض بينهم بالحصص إذا لم يكن للمريض مال سوى هذا، يضرب المزارع بقيمة حصته من الزرع زائدة إلى يوم الحصاد والغرماء بديونهم، وإنما يسلم للمزارع جميع حصته من الخارج مع أن المريض استأجره بذلك، وسلم إليه الأجر، وقد صح ذلك من المريض؛ لأنه جعله أحق ببدل يعدله إلا أن ما قبض المريض من منافع المزارع عوضًا عما سلم إليه من الأجر لا يصلح لقضاء حق الغرماء، فصار فى حق سائر الغرماء كأنه[1] لم يأخذ شيئًا، فيصير مؤثرًا

(١) هكذا فى الأصل: "وكان فى غيره" كأن لم يأخذ شيئًا، فيصير مؤثر المزارع على سائر غرماءه.

للمزارع على سائر غرمائه، وهو لا يملك إيثار بعض الغرماء إذا كان ماله لا يفيء بجميع ديون الغرماء، وهذا كالمريض إذا تزوج امرأة بألف درهم، وذلك مهر مثلها، وسلم الألف إليها، ثم مات وعليه دين مستغرق، ولا مال له سوى الألف فإنما قبضت المرأة من الألف لا يسلم لها، بل شاركها فيها غرماء المريض تضرب المرأة بمقدار مهرها، والغرماء يضربون بقدر ديونهم؛ لأن ما قبض المريض من منافع بضع المرأة لا يصلح لقضاء حق الغرماء، فصار في حق سائر الغرماء ما كان المريض آثره عليهم، وهو لا يملك الإيثار، كذا ههنا، وإن كان قيمة حصته المزارع من الزرع يوم نبت، وصار له قيمة أكثر من أجر مثل عمله، فإن المزارع يضرب في الزرع بمقدار أجر مثل عمله من غير زيادة، والغرماء يضربون بحقوقهم، ولا يسلم للمزراع شيء مما زاد على أجر مثل عمله إلا أن ما يخص المزارع بأخذه من الزرع، وما أصاب الغرماء يباع فيقضى ديونهم.

١٨٤٨١ - هذا الذي ذكرنا إذا كان المزارع أجنبيًا، فأما إذا كان المزارع وارثًا، فعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: لو كان يرى جواز المزارعة، فالمزارعة فاسدة حتى لا يستحق الوارث شيئًا من الخارج، وإنما يكون له أجر مثل عمله دراهم لاغير سواء كان على المريض دين أو لم يكن، وسواء كان قيمة حصة الوارث من الزرع مثل أجر مثل عمله أو أكثر من ذلك؛ لأنه استأجر الوارث للمزارعة ببعض ما يوجد من الخارج، فيعتبر بما لو استأجره للزراعة بغير موجود وقت الإجارة، وثمة الإجارة فاسدة على قول أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يجيزه باقي الورثة؛ لأنه صار بائعًا عينًا من أعيان ماله من الوارث بالمنفعة، فيعتبر بما لو باعه من الوارث بالدراهم التي هي خير من المنفعة، وذلك لا يجوز على قول أبي حنيفة رحمه الله إلا بإجازة الغرماء باقي الورثة، فههنا أولى.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: إن لم يكن على المريض دين، فإنه ينظر إلى حصة الوارث من الزرع يوم نبت، وصار له قيمة وإلى أجر مثل عمله، فإن كان قيمة حصته من الزرع يوم نبت، وصار له قيمة مثل أجر مثل عمله، أو أقل كان له المشروط، وما يحدث من الزيادة بعد ذلك إلى يوم الحصاد، فالجواب فيه كالجواب في الأجنبي، فأما إذا كان قيمة حصته من الزرع يوم نبت، وصار له قيمة أكثر من أجر مثل عمله، فإن له من الخارج بقدر أجر مثل عمله؛ لأنه لا محاباة في هذا القدر، وليس له مما زاد على ذلك إلى تمام المشروط شيء؛ لأنه لو استحقه استحقه بطريق الوصية، ولا

وصية للوارث إلا أن يجيزها باقى الورثة، فالوارث إنما يفارق الأجنبى عندهما فى هذا، أما فيما سوى ذلك فالوارث والأجنبى سواء على قولهما، وأما إذا كان على المريض دين مستغرق، فالجواب فيه كالجواب فى الأجنبى؛ لأنه لا وصية مع الدين، والجواب فى حق الأجنبى قد ذكرنا من قبل.

١٨٤٨٢- وإذا دفع الرجل الصحيح أرضه إلى مريض مزارعة على أن يزرعها المريض ببذره، فزرعها المريض ببذره ولا مال للمريض سوى هذا البذر، فالجواب فى هذا نظير الجواب فيما إذا دفع المريض أرضًا وبذرًا مزارعة إلى رجل؛ لأن المستأجر هو المريض فى المسألتين جميعًا إذا كان البذر من جهته؛ لأن البذر والأرض إذا كان من جهة المريض، فهو مستأجر للعامل.

وإذا كان المريض هو المزارع والبذر من جهته، فهو مستأجر للأرض، فصار الجواب فى هذه المسألة نظير الجواب فى تلك المسألة من هذا الوجه.

١٨٤٨٣- قال: وإذا دفع المريض إلى رجل نخلا معاملة بالنصف على أن يقوم عليه فيسقيه، ويلحقه هذه السنة، فما أخرج الله تعالى من ذلك شيئًا، فهو بيننا نصفان، فالجواب فى هذا كالجواب فى المزارعة إذا كان البذر من جهة المريض؛ لأن المريض فى المسألتين جميعًا استأجر العامل ببعض الخارج من ملكه، وكل جواب عرفته ثمة، فهو الجواب ههنا. وإذا دفع الرجل الصحيح إلى مريض نخيلا معاملة، فالجواب فى هذا نظير الجواب فى المزراعة إذا كان المريض هو المزارع ولا بذر من جهته؛ لأن المريض فى المسألتين جميعًا تملك[1] المنفعة ببعض الخارج.

١٨٤٨٤- وإذا دفع المريض زرعًا له فى أرض وهو بقل لم يستحصد أو كفرى[2] فى رؤوس النخيل أو تمرًا فى شجر حين طلع أخضر، ولم يبلغ على أن يقوم عليه، فما زرق الله تعالى من ذلك من شيء، فهو بيننا نصفان، فالجواب فيه كالجواب فى المزارعة إذا كان البذر من جهة المريض؛ لأن المريض مستأجر للعامل فى الموضعين جميعًا ببعض ما يخرج من عمله إلا أن الخارج من عمله فى المسألة المتقدمة أصل الزرع، والخارج من

(١) وفى الأصل: "يملك".

(٢) وفى م: "كهزى".

عمله فى هذه المسألة الزيادة، فينظرههنا إلى ما ازداد من عمله بعد المزارعة، وصار له قيمة، وإلى أجر مثل عمله كما نظرنا فى المسألة المتقدمة.

١٨٤٨٥- وإذا دفع المريض إلى رجل نخلا معاملة فى هذه السنة على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقحه، فما أخرج الله تعالى من شيء، فهو بينهما نصفان، فأخرج النخيل كفرى يكون نصفه مثل أجر العامل أو أقل، فقام عليه وسقاه حتى صار بسرًا يساوى مالا عظيمًا، ثم صار خشفًا قيمته أقل من قيمة الكفرى حين خرج، ثم مات صاحب النخيل وعليه دين كثير محيط بماله، فإن جميع ما ترك الميت يقسم بين العامل وبين الغرماء، يضرب الغرماء بديونهم[١]، ويضرب العامل فيه بقيمة نصف الخشف، ولا يضمن العامل ما نقص من الثمر، أما لا يضمن ما نقص من الثمر؛ لأن العامل لا يكون أسوأ حالا من الغاصب، والغاصب لا يضمن ما حدث من الزيادة فى يده، فالعامل أولى، إنما يضرب العامل بقيمة الخشف؛ لأن حق العامل كان فى نصف الخشف، ألا ترى لو لم يكن على المريض دين كان له نصف الخشف لا غير، ولو لم يكن على الميت دين، وباقى المسألة بحالها كان للعامل نصف الخشف، وللورثة نصفه؛ لأنه لا محاباة متى كان قيمة الخشف المورثة نصفه مثل أجر مثل عمله، فيسلم له نصف الخشف إذا لم يكن على المريض دين لهذا -والله أعلم-.

ومما يتصل بهذا الفصل

فصل إقرار المريض فى المزارعة

١٨٤٨٦- مسائل هذا الفصل تبتنى على أصول: أحدها: أن الدين الواجب فى حالة المرض بسبب معاين يساوى دين الصحة، والدين الواجب فى حالة المرض بإقرار المريض لا يساوى دين الصحة، بل يكون دين الصحة مقدمًا عليه.

الثانى: أن المريض إذا أقر بالعين ثم بالدين، وليس له دين الصحة، فإنه يبدأ بالعين، ثم بالدين.

صورته: إذا أقر بالوديعة، ثم بالدين، وإن أقر بالدين، ثم بالعين تحاصّا،

(١) وفى الأصل: "يضرب للغرماء بديونهم".

صورته : إذا أقر بالدين، ثم بالوديعة.

الثالثة أن المريض مرض الموت متى أقر بعقد إن كان يملك إنشاء ما أقر به من العقد حالة الإقرار لا يجعل إنشاء لذلك العقد، بل يكون إقرارًا محضًا.

١٨٤٨٧- قال محمد رحمه الله : وإذا مرض الرجل، وفى يده أرض لرجل يزرعها، وعليه دين الصحة، فأقر المريض أن البذر كان من قبله، وإنه شرط لرب الأرض الثلثين من الزرع، ثم مات، وأنكر الغرماء ذلك، ينظر إن كان المريض أقر بهذا بعد ما استحصد الزرع لم يصدق على إقراره، وبدئ بدين غرماء الصحة؛ لأن المريض أقر بالمزارعة فى حاله لا يملك إنشاء المزارعة؛ لأن إنشاء المزارعة بعد ما استحصد الزرع لا يجوز، فلا يجعل منشئ للمزارعة، فبقى إقرارًا محضًا بالعين لرب الأرض، وعليه دين الصحة، وإقرار المريض بالعين، وعليه دين الصحة لا يصح كما لو أقر بوديعة، وإذا قضينا دين غرماء الصحة يُنظر إن بقى شىء من ثلثى الخارج يعطى لرب الأرض من ذلك قدر أجر مثل أرضه، وما زاد على ذلك إلى تمام ثلثى الخارج يكون وصية لر ب الأرض، فيسلم له إن كان يخرج من ثلثى ما بقى من مال الميت؛ لأن المريض ما أقر لرب الأرض بالعين وديعة حتى لا تعتبر المحاباة، وإنما أقر له بالعين على سبيل الكر أو الأجر، فتعتبر فيه المحاباة، والمحاباة فى مرض الموت وصية، والوصية تعتبر من الثلث.

وإن أقر المريض بذلك، والزرع بقل صدّق فى حق غرماء الصحة؛ لأنه أقر بالمزارعة فى حال يملك إنشاءها؛ لأن المزارعة والزرع بقل جائز، فجعل هذا منه إنشاء للمزارعة، والحكم فيما إذا أنشأ المزارعة على نحو ما أقر به أنه ينظر إلى ما شرط لرب الأرض، وإلى أجر مثل الأرض، فإن كان مثل أجر مثل الأرض، أو أقل يضرب بذلك مع غرماء الصحة، وإن وجب هذا الدين فى حالة المرض؛ لأنه وجب بسبب معاين لا تهمة فيه، ولا يضرب بما زاد على أجر المثل؛ لأن الزيادة وصية، ولا وصية إلا بعد قضاء الدين، فإن قضى الدين وبقى من المال شىء أعطى صاحب الأرض تمام المشروط من ثلث ما بقى من مال الميت.

١٨٤٨٨- هذا إذا كان على المريض دين الصحة، وإن كان على المريض دين المرض وجب بإقراره فى حالة المرض، وأقر المريض بما ذكرنا، فإن أقر والزرع بقل، بدئ

بحق رب الأرض، فيعطى له أجر مثل أرضه من ثلثى الخارج إن كان ثلثا الخارج أكثر من أجر مثله؛ لأنه أقر بالمزارعة فى حال يملك إنشاء المزارعة، فيجعل منشئ المزارعة، ولو أنشأ المزارعة فى مرضه على الوجه الذى أقر، وعليه دين المرض عرف وجوبه بإقراره يبدأ بحق رب الأرض[1]؛ لأن حقه وجب بسبب معاين، والدين الواجب فى مرض الموت بسبب معاين بمنزلة دين الصحة، ودين الصحة يقدم على دين المرض، حتى إن هذا الدين لو وجب بسبب معاين أيضًا لا يبدأ بحق رب الأرض من ثلثى الخارج؛ لأنهما بمنزلة دين الصحة، بل يحاصّ رب الأرض بقدر أجر مثل الغريم الآخر إلا أن ما زاد على قدر أجر مثل الأرض لا يعطى فى مسألتنا؛ لأن الزيادة وصية، ولا وصية إلا بعد قضاء الدين.

وإن كان الإقرار من المريض بعد ما استحصد الزرع، ينظر إن كان الإقرار بالمزارعة سابقًا على الإقرار بالدين يعطى لرب الأرض أجر مثل الأرض أولا، ثم يقضى دين المريض، وإن كان الإقرار بالدين سابقًا، فإن رب الأرض يحاصّ المقر له بالدين بمقدر أجر مثل الأرض، وهذا لأن الإقرار بالمزارعة حصل فى حال لا يملك إنشاء المزارعة، فلا يجعل بمنزلة إنشاء المزارعة، فبقى إقرارًا لرب الأرض ببعض الخارج، وهذا إقرار بالعين، وقد ذكرنا أن المريض إذا أقر بالعين، ثم بالدين يبدأ بالعين، ولو أقر بالدين، ثم بالعين تحاصًا إلا أن رب الأرض يضرب بقدر أجر مثل الأرض؛ لأنه ما أقر له بالعين وديعة حتى لا يعتبر فيها المحاباة، إنما أقر بالعين على سبيل الكر أو الأجر، فيجب اعتبار المحاباة فيه.

١٨٤٨٩- هذا إذا أقر المزارع بما ذكرنا والبذر من جهة المزارع، فأما إذا كان البذر من جهة رب الأرض وأقر بذلك صدّق فى إقراره سواء أقر ذلك بعد استحصاد الزرع أو قبله؛ لأن البذر متى كان من جهة رب الأرض كان المزارع أجيرًا، والأجير من يملك المنفعة، فهذا إنما أقر بتمليك المنفعة ببدل يسير، ولو أقر بتمليك المنفعة بغير بدل أصلا، بأن أقر أنه كان معينًا لرب الأرض فى ذلك كان جائزًا، فإذا أقر بتمليك المنفعة ببدل يسير أولى، وإن كان المريض رب الأرض وأقر بما قلنا، فالجواب فيه كالجواب فى المزارع.

---

(١) وفى الأصل: "رب الأرض من ثلثى الخارج".

١٨٤٩٠- وإذا دفع الرجل إلى الرجل نخيلا معاملة، فلما صار تمرًا مرض العامل، فقال: شرط لى رب النخيل السدس، وصدّقه فى ذلك رب النخيل وكذّبه الغرماء والورثة فالقول قول العامل؛ لأنه أقر بتمليك منفعته ببدل يسير إلى آخر ما ذكرنا، فإن قال ورثة العامل أو غرماءه: نحن نقيم البينة على أن رب النخيل شرط له النصف لا تسمع بينتهم، ولو طلبوا استحلاف رب النخيل على ذلك لم يحلف رب النخيل على دعواهم؛ لأن ورثة العامل والغرماء نائبون عن الميت فيما يثبتون للميت؛ لأنهم يتلقون الملك من جهة الميت، فتكون دعوتهم كدعوى العامل لو كان حيًا، والعامل لو ادّعى حال حياته أن رب النخيل شرط له النصف بعد ما أقر له بالسدس لا تسمع دعواه للمناقضة، ولا تسمع بينته على ذلك، ولا يحلف رب النخيل على دعواه، فكذا إذا وجد هذا الدعوى من الورثة، قالوا ما ذكر في الكتاب: إن رب النخيل لايستحلف على دعوى الورثة أنه ما شرط له النصف قول محمد رحمه الله، أما على قول أبى يوسف رحمه الله: يستحلف.

وكذلك لو كان العامل حيًا، وأقر أن رب النخيل شرط له السدس، ثم ادّعى أنه شرط له النصف، وإنى أقررت بالسدس كاذبًا، وطلب يمين رب النخيل ينبغى أن يحلف على قول أبى يوسف رحمه الله، أصل المسألة: البائع إذا أقر بقبض الثمن، ثم أنكر القبض، وقال: كنت كاذبًا فى الإقرار، وطلب يمين المشترى فإنه يحلف المشترى على قول أبى يوسف رحمه الله، فههنا يجب أن يكون كذلك.

١٨٤٩١- هذا إذا كان العامل أجنبيًا من رب النخيل، فأما إذا كان العامل وارث رب النخيل وأقر العامل أن رب النخيل شرط له السدس بعد ما أدرك الثمر صدّق فى ذلك؛ لما ذكرنا.

وإن قال ورثة العامل أو غرماءه: نحن نقيم البينة أن رب النخيل شرط له النصف تسمع بينتهم، ولو طلبوا يمين رب النخيل على ذلك استحلف رب النخيل، فقد فرق بين ما إذا كان العامل أجنبيًا، وبين ما إذا كان وارث رب النخيل.

والفرق أن إقرار المريض بالمعاملة بعد إدراك الثمر إقرار بالمعاملة فى حال لا يملك إنشاء المعاملة، فلا يمكن أن يجعل إقراره إنشاء للمعاملة، فبقى إقرارًا محضًا، فإذا كان المقر له أجنبيًا كان ما أقر به العامل صدقًا من كل وجه لانتفاء التهمة بينه وبين الأجنبى.

وإذا كان ما أقر به صدقًا من كل وجه كان دعوى النصف بعد ذلك كذبًا من كل وجه، والدعوى الكاذبة لا تعتبر لا فى حق الاستحلاف، ولا فى حق سماع البينة، فأما إذا كان العامل وارث رب النخيل لم يكن ما أقر به العامل صدقًا من كل وجه لتمكن التهمة بين المقر والمقر له، بل كان محتملا للصدق والكذب، والدعوى متى احتمل الصدق يعتبر فى حق سماع البينة عليها، وفى حق استحلاف المدعى عليه، وإذا أقر المريض أنه دفع إلى وارثه نخلا معاملة والثمرة لم تدرك بعد، ثم أقر المريض بدين فى المرض، ثم مات، بدئ بدين العامل، فيعطى له مقدار أجر مثل عمله، ثم يقضى الدين الذى أقر به المريض؛ لأن المريض أقر بالمعاملة فى حال تملك إنشاء المعاملة، فيجعل ذلك منه بمنزلة إنشاء المعاملة، ولو أنشأ المريض معاملة، ثم أقر بالدين كان يبدأ أولا بالعامل، فيعطى له أجر مثل عمله وإن كان وارثًا؛ لأن حقه ثبت بسبب معاين، والحق متى ثبت بسبب معاين، فالوارث فى ذلك والأجنبى سواء، ألا ترى أن مريضًا لو اشترى من وارثه شيئًا بمعاينة الشهود، وأعطاه الثمن كان جائزًا، إذا لم يكن فيه محاباة كما لو باعه من أجنبى، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرحه، ولعل هذا قولهما، فأما على قول أبى حنيفة رحمه الله: ينبغى أن لا تصح، ذكرنا المسألة فى كتاب البيوع.

فإن قال: الوارث العامل بقى لى إلى إتمام حقى شىء لم يصل إلى، وقال باقى الورثة: لم يبقَ لك شىء؛ لأن حقك كان أجر المثل وقد وصل إليك، فأراد العامل استحلاف باقى الورثة، هل له ذلك؟ فهذا على وجهين: إن قال: الوارث العامل كان عقد المزارعة فى حالة الصحة، والإقرار كان فى حال المرض كان له أن يستحلفهم، وإن قال: كان عقد المزارعة فى حالة المرض لم يستحلفهم.

والفرق أن عقد المعاملة متى كان فى حالة المرض، فما يدّعى الوارث العامل على بقية الورثة من الزيادة على أجر المثل معنى لو أقر به سائر الورثةلم يلزمهم ذلك؛ لأن الزيادة على أجر المثل تكون محاباة، والمحاباة فى مرض الموت وصية، ولا وصية للوارث، فأما إذا كان عقد المعاملة فى حالة الصحة فما يدّعى العامل من الزيادة على أجر المثل معنى لو أقر به باقى الورثة يلزمهم ذلك؛ لأن المحاباة فى حالة الصحة لا تكون وصية فيصح، وتصير حقًا للوارث العامل، فيستحلف بقية الورثة -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل السابع عشر
فى الرهْن فى المزارعة والمعاملة

١٨٤٩٢- وإذا رهن الرجل أرضًا ونخلا من رجل بما[١] للمرتهن على الراهن حتى جاز الرهن، فقال الراهن للمرتهن بعد ذلك: احفظ النخيل واسقها ولقحها على أن الخارج بيننا نصفان، فالمعاملة فاسدة؛ لأن من شرط جواز المعاملة أن تكون النخيل أمانة عند العامل؛ لأن العامل أجير ببعض الخارج، ومحل العمل يجب أن تكون أمانة عند الأجير، كما فى الإجارة المحضة، ومتى جازت المعاملة كان النخيل مضمونًا على العامل؛ لأن الرهن لا يبطل بالمعاملة، وإن كانت المعاملة متأخرة عن الرهن؛ لأن الرهن إنما يبطل بالمتأخر من العقود إذا كان المتأخر واردًا على الرهن، وكان الوارد مثل الرهن أو فوقه، فأما إذا كان واردًا على غير الرهن لا يبطل الرهن، وعقد المعاملة لم يرد على الرهن، وإنما ورد على منافع العامل، فلم يبطل الرهن، واعتبر هذا بما لو استأجر الراهن المرتهن بدراهم ليسقى هذا النخيل ويلقح إلى مدة معلومة، فإنه لا يبطل الرهن، كذا ههنا.

وإذا فسدت المعاملة كان الخارج كله لرب النخيل، ويكون رهنًا عند المرتهن، كما لو أثمرت النخيل قبل المعاملة كان الثمر عند المرتهن رهنًا؛ لأنها زيادة تولدت عن الرهن كذا ههنا، وكان للمرتهن مثل[٢] أجرعمله فى التلقيح والسقى، ولا أجر له فى الحفظ؛ لأن الراهن جمع فى العقد بين السقى والتلقيح والحفظ، ولو أفرد العقد على الحفظ بأن استأجر المرتهن ليحفظ الرهن، وحفظ، لا أجر له؛ لأن الحفظ كان مستحقًا عليه قبل العقد، ولو أفرد العقد على السقى والتلقيح وفعل استحق الأجر؛ لأن هذا العمل غير مستحق عليه، فكذا حالة الجمع.

---

(١) وفى الأصل وف: "بمال للمرتهن".

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "أجر مثل عمله".

ثم فرق بين النخيل وبين الأراضى، فقال: راهن الأرض البيضاء إذا قال للمرتهن: ازرعها ببذرك على أن الخارج بيننا نصفان كانت المزارعة جائزة؛ لأنها لو جازت لا تكون الأرض مضمونة عند المزارع؛ لأن الرهن يبطل بالمزارعة؛ لأن المزارع يصير مستأجرًا للأرض إذا كان البذر من قبل المزارع، ويصير الراهن آجرًا، والراهن إذا آجر المرهون من المرتهن يبطل الرهن؛ لأن الإجارة ترد على الرهن، والإجارة أقوى، وإذا بطل الرهن صار كأنه لم يكن، ولو لم يكن الرهن أليس أن المزارعة تجوز؟ فكذا إذا صار كأن لم يكن.

وإن كان البذر من قبل رب الأرض وهو الراهن، جازت المزارعة أيضًا إلا أن فى هذه الصورة وهو ما إذا كان البذر من جهة الراهن إذا زال الشغل بأن حصد الزرع، عاد الرهن وضمانه، وفى الصورة الأولى وهو ما إذا كان البذر من جهة المرتهن متى زال الشغل لا يعود الرهن؛ لأن البذر إذا كان من جهة الراهن يصير المرتهن معيرًا للأرض؛ لأن البذر إذا كان من جهة الراهن، فقد طلب الراهن من المرتهن أن يجعل الأرض مشغولة ببذر الراهن، وزرعه، ثم صار مستأجرًا للعامل ليعمل فيه، فالإجارة ترد على منافع المزارع لا على الرهن، إنما ورد على الإعارة، والمرتهن متى أعار الرهن من الراهن إلى وقت معلوم يبطل ضمان الرهن مع بقاء عقد الرهن على حاله حتى لو هلك فى مدة الإعارة يهلك أمانة، وإذا انقضت مدة الإعارة يعود رهنًا، كذا ههنا، وإذا زال الضمان لو صحت المزارعة لا تكون الأرض مضمونة عند المزارع، فأما إذا كان البذر من جهة المرتهن، فالمرتهن يصير مستأجرًا للأرض، والراهن متى آجر الرهن من المرتهن يبطل الرهن، بحيث لا يعود إلا بالتجديد، فمن هذا الوجه افترقا.

١٨٤٩٣- وإذا رهن الرجل أرضًا بيضاء فيه نخيل، فرهن النخيل والأرض، وقبضهما المرتهن، ثم إن الراهن أمر المرتهن أن يزرع الأرض ببذره بالنصف، ويقوم على النخيل، ويسقيه ويلقحه بالنصف، فالمزارعة فى الأرض جائزة، والخارج بينهما على ما اشترطا، وخرجت الأرض من الرهن بحيث لا تعود رهنًا إلا بتجديد من بعد[1]،

(١) وفى الأصل: "من بعد المعاملة، والمعاملة ... إلخ".

والمعاملة فى النخيل فاسدة، وبقى النخيل والثمر رهنًا على حاله؛ لأنه جمع بين المزارعة والمعاملة فى هذا العقد، فيعتبر بما لو أفرد كل عقد على حدة، وعند الإفراد الجواب على ما قلنا، كذا ههنا، ولا تفسد المزارعة بسبب فساد المعاملة حالة الجمع؛ لأن المعاملة معطوفة على المزارعة حيث قال: ويقوم عليه فى النخيل، والعقد الجائز لا تفسد بسبب عطف عقد آخر عليه جائزًا كان المعطوف أو فاسدًا حتى لو شرط المعاملة فى المزارعة بأن قال: وعلى أن يقوم على النخيل فيسقيها ويلقحها تفسد المزارعة؛ لأن العقد الجائز يفسد باشتراط العقد الجائز، فباشتراط العقد الفاسد أولى، هكذا ذكر محمد رحمه الله فى بعض روايات كتاب المزارعة، وهكذا أثبته الحاكم الشهيد فى "المختصر".

وذكر فى بعض روايات هذا الكتاب اشتراط المعاملة فى المزارعة، فقال: وعلى أن يقوم على النخيل، وهكذا أثبته الحاكم القاضى أبو أحمد جد أم شيخ الإسلام خواهر زاده فى كتاب المزارعة التى جمعها، وقال: إن ثبتت هذه الرواية، تصير هذه المسألة رواية فى أن العقد الفاسد إذا شرط فى العقد الجائز لا يوجب فساد العقد الجائز؛ لأن الفاسد مما لا يجب الوفاء به لو صح الشرط، وما لا يجب الوفاء به فاشتراطه، ولا اشتراطه بمنزلة.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده: وقد ذكر محمد رحمه الله فى "الأصل": أن رب الأرض إذا شرط شراء الأغراس على العامل فى المعاملة إن المعاملة فاسدة، ولم يفصل بينهما إذا كان الأغراس بأعيانها أو بغير أعيانها، فإما أن يقال: بأن تلك المسألة محمولة على الإغراس كانت بأعيانها بحيث لو أفرد العقد عليها يجوز، فيكون هذا عقدًا جائزًا شرط فى عقد جائز، والعقد الجائز إذا شرط فى عقد جائز فسدا جميعًا؛ لأنه متى صح يجب الوفاء به، ولئن كان المراد من تلك المسألة ما إذا كانت الأغراس بغير عينها بحيث لو أفرد العقد عليها لايجوز، وتكون تلك المسألة رواية ههنا أن المزارعة تفسد، ويكون ما ذكر ههنا رواية فى مسألة الأغراس: أن المعاملة لا تفسد، ويصير فى الحاصل روايتان: أن العقد الجائز إذا شرط فيه عقد فاسد، هل يفسد العقد الجائز؟ فى رواية يفسد، وفى رواية لا يفسد؟

وإن كان البذر من قبل الراهن والمسألة بحالها، فالجواب فيه، والجواب فى المسألة الأولى سواء إلا فى فصل أن الأرض فى الصورة الأولى تخرج عن الرهن، بحيث لا يعود رهنًا أبدًا، وفى الصورة الثانية تعود رهنًا بعد انقضاء مدة المزارعة؛ لأن فى الصورة الأولى صار الراهن مؤاجرًا للأرض من المزارع، وفى الصورة الثانية صار الراهن مستعيرًا للأرض من المزارع -والله أعلم-.

الفصل الثامن عشر
فى العتق والمكاتبة مع المزارعة والمعاملة

١٨٤٩٤- وإذا أعتق الرجل عبده على أن يزرع أرضه على ما أخرج الله تعالى من شيء، فهو بينهما نصفان، ورضى بذلك العبد، فهذا على وجهين: الأول: أن تكون الأرض من قبل المولى، والبذر والعمل من قبل العبد، وفى هذا الوجه المزارعة فاسدة، والعتق جائز؛ لأن هذه مزارعة شرط فيها عتق، وعتق شرط فيها مزارعة غير أن المزارعة يبطل باشتراط عقد آخر فيها، والعتق لا يبطل باشتراط عقد آخر فيه، فإن زرع العبد بعد ذلك وأخرج الأرض زرعًا، فالزرع كله للعبد، وعلى العبد أجر مثل الأرض لمولاه كما فى سائر المزارعات الفاسدة، وعلى العبد أيضًا قيمة نفسه بالغة ما بلغت؛ لأن العبد بدل نصف الخارج بمقابلة العتق، وإنه مجهول، فكانت التسمية فاسدة، والتسمية متى فسدت فى باب العتق يجب على العبد قيمة نفسه بالغة ما بلغت كما لو أعتقه على ما يكتسب العام.

الوجه الثانى: أن تكون الأرض والبذر من قبل المولى، ومن قبل العبد مجرد العمل، وفى هذا الوجه المزارعة فاسدة أيضًا، والعتق جائز؛ لما بيّنا فى الوجه الأول، والخارج فى هذا الوجه للمولى، وعلى المولى للعبد بسبب الزراعة أجر مثل العبد بالغًا ما بلغ، وللمولى عليه بسبب العتق قيمته بالغة ما بلغت.

١٨٤٩٥- وإذا كاتب الرجل عبده على أن يزرع المكاتب أرض المولى سنة هذه، فما أخرج الله تعالى من شيء، فهو بينهما، فهذه المسألة على وجهين أيضًا: الأول: أن تكون الأرض والبذر من قبل المولى، ومن جانب المكاتب مجرد العمل، وفى هذا الوجه المزارعة فاسدة والكتابة أيضًا فاسدة؛ لأن كل واحد من العقدين المزارعة والكتابة شرطت فى الأخرى، وكل واحد منهما يبطل باشتراط عقد آخر فيها، وإذا فسدت الكتابة كان للمولى أن ينقضها كما لو كاتبه على خمر أو خنزير، فإن لم ينقضها حتى زرع المكاتب الأرض، وأخرجت زرعًا، فجميع ما خرج للمولى، وللمكاتب على

المولى أجر مثل عمله وعتق المكاتب؛ لأنه أوجد ما تعلق به العتق، وهو زراعة هذه الأرض وهذه السنة، وزراعة هذه الأرض هذه السنة معلومة وقت العقد، وما تعلق به العتق في الكتابة الفاسدة إذا كان معلومًا وقت العقد، وقد أوجده المكاتب يعتق المكاتب كما لو كاتبه على رطل من خمر، وأدّى ذلك، فقد وجب للمولى على المكاتب قيمته، وللمكاتب على المولى أجر مثل عمله، فإن كانا سواء تقاصا وإن كان قيمة المكاتب أكثر من أجر مثل عمل المكاتب رجع المولى عليه بالفضل، وإن كان أجر مثل عمله أكثر لا يرجع هو على المولى بشيء، وفرق في حق هذا الحكم بين فصل الكتابة وبين فصل العتق، فقال: في فصل العتق في هذه الصورة إذا كان أجر مثل العبد أكثر من قيمته، يرجع العبد على المولى بالفضل.

والفرق أن المكاتب لو رجع بالفضل على المولى لرجع فيما تعلق به عتق المكاتب، ولايجوز للمكاتب أن يرجع على المولى فيما تعلق به عتق المكاتب، بيانه أن عتق المكاتب تعلق بجميع ما عمل في الأرض لا ببعضه، ألا ترى أنه لو عمل في الأرض مقدار قيمته لا يعتق، وإذا تعلق عتقه بجميع ما عمل في الأرض لو رجع بالفضل رجع ببعض ما تعلق به العتق، وإنه لا يجوز، وأما في فصل العتق العتق ما تعلق بعمله في الأرض إنما تعلق بالقبول، ألا ترى أنه كما قيل: يعتق وإن لم يعمل شيئًا، وإذا لم يتعلق عتقه بالعمل لو رجع بفضل قيمة عمله على قيمة نفسه، لا يكون راجعًا فيما تعلق به عتقه، فجاز.

الوجه الثاني: إذا كانت الأرض من قبل المولى والبذر والعمل من قبل المكاتب، وفي هذا الوجه المزارعة والمكاتبة فاسدتان أيضًا، وللمولى أن ينقض الكتابة؛ لما ذكرنا، فإذا لم ينقضها حتى أخرجت الأرض زرعًا كثيرًا، أو لم يخرج شيئًا لا يعتق المكاتب، فرق بين هذا الوجه وبين الوجه الأول، فإن هناك إذا لم ينقض المولى الكتابة حتى زرع العبد الأرض، وأخرجت الأرض زرعًا، فإنه يعتق العبد.

والفرق بينهما أنه إذا كان من قبل العبد مجرد العمل، فعتق العبد معلق بزراعة العبد الأرض المدفوعة إليه هذه السنة، وإنه معلوم وقت العقد، وما تعلق به عتق

المكاتب إذا كان معلومًا وقت العقد إذا أوجده المكاتب يحكم بعتقه وإن كانت الكتابة[١] فاسدة، كما لو كاتبه على رطل من خمر، أما إذا كان من قبل العبد البذر مع العمل فما يتعلق به عتق المكاتب نصف الخارج، ونصف الخارج غير معلوم للحال، وما تعلق به عتق المكاتب إذا لم يكن معلومًا وقت العقد، لا يعتق المكاتب، وإن أوجده كما لو كاتبه على ما يكتسبه العام، فإنه لا يعتق، وإن أدّى ما اكتسبه في العام، وفرق بين الكتابة وبين العتق، فقال في فصل العتق: إذا كان البذر والعمل من جهة العبد فإن العبد يعتق والبذر مجهول المقدار في المسألتين جميعًا.

والفرق أن في مسألة العتق العتق تعلق بالقبول، ألا ترى أنه كما قيل: عتق، وجهالة المسمّى وقت العقد في موضع تعلق العتق بالقبول لا يمنع العتق، كما لو أعتقه على ما يكسبه العام، وأما في مسألة الكتابة العتق تعلق بالأداء، وجهالة المسمّى وقت العقد في موضع تعلق العتق بالأداء يمنع[٢] وقوع العتق عند الأداء، والجواب في المعامل في هذا الباب نظير الجواب في المزارعة إذا كان البذر من قبل رب الأرض -والله أعلم-.

---

(١) وفي الأصل وف وم: "المكاتبة".

(٢) وفي الأصل: "يمنع".

الفصل التاسع عشر
في التزويج والخلع والصلح عن دم العمد في المزارعة والمعاملة

١٨٤٩٦- أما مسائل التزويج: رجل تزوج امرأة على أن تزرع أرضه هذه السنة ببذرها، وعملها على أن الخارج بينهما نصفان، فالمزارعة فاسدة والنكاح جائز؛ لأن هذا نكاح شرط فيه مزارعة، ومزارعة شرط فيها نكاح غير أن المزارعة تفسد باشتراط عقد آخر فيها، والنكاح لا يفسد باشتراط عقد آخر فيه، ألا ترى أن من قال لآخر: زوجتك أمتي هذه على أن تبيع مني هذا العبد بخمسمائة كان النكاح جائزًا، فكذا ههنا، وإذا فسدت المزارعة كان جميع الخارج للمرأة، وعليها للزوج بسبب المزارعة أجر مثل الأرض للزوج، ولها على الزوج بسبب النكاح نصف أجر مثل الأرض صداقًا لها عند أبي يوسف، وعند محمد رحمه الله: لها الأقل من مهر مثلها، ومن أجر مثل جميع الأرض.

فوجه قول محمد رحمه الله: إن الزوج بذل لها منفعة الأرض بإزاء معلوم وقت العقد، وهو البضع، فإن قيمة البضع معلومة وهي مهر المثل، وبإزاء مجهول وقت العقد، وهونصف الخارج فإنه لا يعرف قيمة نصف الخارج وقت العقد، فيكون لها الأقل من مهر المثل، ومن جميع المسمى قياسًا على ما إذا تزوجها على ألف درهم، وعلى أن يكرم زوجها بكرامة، أو يهتدي له هدية فإن هناك لها الأقل من مهر مثلها، ومن جميع الألف، كذا ههنا.

وأبو يوسف يقول: هذا هكذا إذا لم يبين الزوج حصة المجهول والمعلوم، فأما إذا بين حصة كل واحد منهما فإنه لا يكون لها مهر المثل، بل يكون لها ما سمّى بإزاء البضع، كما في المسألة التي استشهد بها محمد رحمه الله، فإن هناك إذا زوّجها[1] على ألف، وعلى أن يكرم زوجها بكرامة على أن يكون الألف نصفين نصفه بإزاء البضع، ونصفه بإزاء الكرامة لا يكون لها مهر المثل، وإنما يكون لها نصف الألف، وهنا الزوج

(١) وفي الأصل: "تزوجها".

بذل منفعة الأرض بإزاء معلوم وهو البضع، وبإزاء مجهول وهو نصف الخارج، وبيّن حصة كل واحد منهما حيث قال: على أن الخارج بيننا نصفان، فقد شرط لها[1] نصف الخارج ولنفسه النصف، والخارج قائم مقام منفعة الأرض، فكان شارطًا لها نصف منفعة الأرض بإزاء بضعها، ونصفها بإزاء نصف الخارج، ومع بيان قدر المهر لا يصار إلى مهر المثل.

فإن طلقها الزوج بعد ذلك، فإن طلقها قبل الدخول بها إن طلقها قبل المزارعة[2] فعلى قول أبى يوسف رحمه الله: للمرأة على الزوج ربع أجر مثل الأرض؛ لأن على قول أبى يوسف: لها قبل الزوج نصف أجر مثل الأرض صداقًا، فيتنصف ذلك بالطلاق قبل الدخول، ولا شىء للزوج عليها بسبب المزارعة؛ لأنها لم تزرع الأرض، وعلى قول محمد رحمه الله: لها المتعة.

وإن طلقها بعد الزراعة، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله: لها ربع أجر مثل الأرض صداقًا، وللزوج عليها بسبب المزارعة تمام أجر مثل الأرض لفساد المزارعة، فيتقاصّان بقدر الربع، ويرد الزيادة إلى تمام أجر مثل جميع الأرض، وذلك ثلاثة أرباع أجر مثل الأرض، وعلى قول محمد: لها المتعة بسبب النكاح؛ لما طلقها الزوج قبل الدخول بها، ووجب للزوج عليها أجر مثل جميع الأرض ولا يتقاصّان؛ لأن الجنس مختلف المتعة ثياب، وأجر مثل الأرض دراهم أو دنانير.

١٨٤٩٧- هذا الذى ذكرنا إذا طلقها قبل الدخول بها، وإن طلقها بعد الدخول إن كان الطلاق قبل الزارعة[3]، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله: لها أجر مثل نصف الأرض بسبب النكاح؛ لأنها عجزت عن قبض المسمى فى النكاح بسبب فساد المزارعة، فكان لها قيمة المسمى، وذلك أجر مثل نصف الأرض، ولا شىء للزوج عليها بسبب المزارعة؛ لأنها لم تزرع الأرض بعد، وعلى قول محمد رحمه الله: لها على الزوج بسبب النكاح الأقل من مهر المثل ومن جميع أجر مثل الأرض، وليس للزوج عليها

(١) وفى ظ: "لهما".

(٢) وفى وظ: "المزارعة".

(٣) وفى ظ وف: "المزارعة".

شيء بسبب المزارعة .

وإن كان بعد الزراعة ، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله : قد وجب للزوج عليها أجر مثل الأرض بسبب فساد المزارعة ، وقد وجب لها على الزوج أجر نصف مثل الأرض بسبب النكاح ، فبقدر النصف يقع المقاصة ، ويجب عليها رد نصف الأجر على الزوج .

وأما على قول محمد رحمه الله : فلها على الزوج بسبب النكاح الأقل من مهر مثلها ، ومن أجر مثل جميع الأرض ، وللزوج عليها بسبب فساد المزارعة أجر مثل جميع الأرض ، وإن كان مهر مثلها مثل أجر جميع الأرض أو أكثر ، فإنها لا ترد على الزوج شيئًا ، فوقعت المقاصة .

١٨٤٩٨ - وهذا إذا كان البذر والعمل من جهة المرأة ومن جهة الزوج الأرض لا غير ، وإن كان على القلب بأن كان من جانبها الأرض ومن جانب الزوج البذر والعمل ، وباقي المسألة بحالها ، فالنكاح جائز ، والمزارعة فاسدة .

وإذا زرعها الزوج بعد ذلك فالخارج كله للزوج ؛ لأنه صاحب البذر ، وعلى الزوج بسبب المزارعة أجر مثل الأرض للمرأة ، وللمرأة على الزوج بسبب النكاح مهر المثل بالغًا ما بلغ بالإجماع ؛ لأن الزوج بذل بمقابلة نصفها نصف الخارج ، وإنه مجهول ، وتسمية ما هو مجهول بمقابلة البضع يوجب مهر المثل عندهم جميعًا بخلاف ما إذا كان البذر من جهة المرأة على قول أبي يوسف رحمه الله ؛ لأن هناك الزوج بذل بإزاء بعضها نصف منفعة الأرض ، وإنه معلوم ، فيمنع وجوب مهر المثل ، فإن طلقها قبل الدخول بها ، فإن كان قبل زراعة الأرض ، فللمرأة على الزوج بسبب النكاح المتعة ، ولا شيء للزوج عليها بسبب المزارعة ، وإن كان الطلاق بعد زراعة الأرض ، فلها على الزوج المتعة بسبب النكاح ، وللزوج عليها أجر مثل الأرض بسبب المزارعة .

وإن طلقها الزوج بعد الدخول بها ، فإن كان قبل الزراعة ، فللمرأة على الزوج مهر المثل بسبب النكاح ، ولا شيء لها على الزوج بسبب المزارعة ، وإن كان بعد الزراعة ، فللمرأة على الزوج مهر المثل بسبب النكاح ، وأجر مثل الأرض بسبب المزارعة ، وإن كانت الأرض والبذر من قبل الزوج ، ومن جانبها مجرد العمل ، فهذا وما

لو كان البذر والعمل من جانب الزوج سواء.

وإن كانت الأرض والبذر من جانبها، ومن جانب الزوج مجرد العمل، فهذا وما لو كان البذر والعمل من جانبها سواء.

بعد هذا وضع المسألة فى المعاملة وإنها على وجهين: إن كان النخيل من قبل الزوج، فهذا وما لو كان البذر من جهة الزوج فى المزارعة على السواء، وإن كان النخيل من قبل المرأة، فهذا وما لو كان البذر من جهة المرأة فى المزارعة على السواء.

١٨٤٩٩- وأما مسائل الخلع: فاعلم بأن المرأة فى باب الخلع نظير الرجل فى باب النكاح؛ لأن من يتوقع منه البدل فى الخلع المرأة، ومن يتوقع منه البدل فى باب نكاح الزوج، فإن بذلت المرأة منفعة أرضها أو منفعة نفسها، فللزوج على المرأة عند أبى يوسف رحمه الله بسبب الخلع نصف أجر مثل الأرض، وعند محمد رحمه الله: الأقل من المهر الذى سمى لها، ومن أجر مثل جميع الأرض، وإن بذلت نصف الخارج منها يقع الخلع بالمهر الذى سمى لها بالغًا ما بلغ فى قولهم جميعًا، والجواب فى الصلح عن دم العمد نظير الجواب فى الخلع إن كان من يتوقع منه البدل، وهو القاتل بذل منفعة أرضه أو نفسه، فعند أبى يوسف رحمه الله: لولى القتيل نصف أجر مثل الأرض ونصف أجر مثل عمله، وعند محمد رحمه الله: لولى القتيل الأقل من الدية ومن أجر مثل جميع الأرض، وإن بذل القاتل نصف الخارج بأن كان البذر من جهته، فلولى القتيل على القاتل جميع الدية، والعفو صحيح على كل حال كالنكاح؛ لأن العفو مما لا يبطل بالشروط الفاسدة كالخلع والنكاح.

هذا إذا وقع الصلح عن دم العمد، وإن وقع الصلح عن دم الخطأ، أوعن دم لا يستطاع فيه القصاص، حتى كان الواجب هو المال، فإن المزارعة والصلح جميعًا يفسدان، ويبقى حق الولى فى أرش الجناية قبل الجانى كما قبل الصلح؛ لأن الصلح عن المال بيع، فيبطل بشرط المزارعة فيه، وإذا فسد الصلح صار وجوده والعدم بمنزلة، فيبقى حق ولى الجناية فى أرش الجناية من هذا الوجه -والله أعلم-.

الفصل العشرون
فى التوكيل فى المزارعة والمعاملة

١٨٥٠٠- الذى يجب اعتباره فى هذا الفصل ما عرف فى كتاب الوكالة أن الوكيل متى أتى بجنس المأمور به وخالف، إن كان الخلاف إلى خير فإنه لا يعدّ خلافًا، وإن كان الخلاف إلى شر يعدّ خلافًا، وإن لم يأتِ بجنس المأمور به، فإنه يكون مخالفًا، سواء كان إلى خير أم إلى شرّ، ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف درهم وخمس مائة جاز؛ لأنه أتى بجنس المأمور به وخالف إلى خير فلم يعدّ خلافًا، وإذا باع بخمس مائة، فإنه يصير مخالفًا؛ لأنه خالف إلى شر، وإن باع بألف دينار لم يجز وإن كان خلافًا إلى خير؛ لأنه لم يأتِ بجنس المأمور به.

١٨٥٠١- قال محمد رحمه الله: وإذا وكل الرجل رجلا بأرض له يدفعها له مزارعة هذه السنة على أن يزرعها المزارع ببذر من جهته فالتوكيل جائز؛ لأن التوكيل حصل بما يملكه الآمر والوكيل جميعًا، فيكون جائزًا، كما لو وكله بالبيع والإجارة، فإن دفعها الوكيل مزارعة بالثلث أو بالربع أو بالخمس، أو بأقل من ذلك، أو بأكثر بحيث يتغابن الناس فى مثله كان جائزًا عندهم جميعًا، وكان الخارج بين الموكل[1] والمزارع على ما شرطا فى المزارعة؛ لأنه وكله ببيع المنفعة مطلقًا متى كان البذر من جهة المزارع، فيعتبر بما لو وكله ببيع العين مطلقًا، والوكيل ببيع العين مطلقًا إذا باع فيما يتغابن الناس فى مثله جاز عندهم، فلأن يجوز بين المنفعة بما يتغابن الناس فى مثله، وإنه دون العين أولى.

فأما إذا دفعها مزارعة بما لا يتغابن الناس فى مثله ذكر أن المزارعة باطلة، ولم يحكِ فيه خلافًا، من مشايخنا من قال: ما ذكر فى الكتاب قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، فأما على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله: لو كان يرى جواز المزارعة، فالمزارعة جائزة؛ لأن هذا وكيل ببيع المنفعة مطلقًا، والوكيل ببيع العين مطلقًا، إذا باع بما لا يتغابن الناس فى مثله جاز عند أبى حنيفة رحمه الله، فالوكيل ببيع المنفعة مطلقًا إذا باع

(١) وفى الأصل وف: "الوكيل".

بما لا يتغابن الناس فى مثله لأن يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله، والمنفعة دون العين أولى، وهذا هو الظاهر؛ لأن مسائل المزارعة إنما تبتنى على قولهما، فيجعل المذكور قولهما إلا ما نص على قول أبى حنيفة رحمه الله.

ومنهم من قال: ما ذكر فى الكتاب قولهم، فإنه لم يحكِ فيه خلافًا، فعلى هذا أبوحنيفة رحمه الله: يحتاج إلى الفرق بين هذا، وبين الوكيل ببيع العين.

ووجه الفرق له فى ذلك وهو أن ما يشترط لرب الأرض، وللمزارع فى المزارعة معلوم عرفًا فى كل مكان بحيث لا يزيدون ولا ينقصون عن ذلك، فإنه فى قرية وبلدة يدفعون الأراضى على أن يكون الثلث للمزارع والثلثان لرب الأرض، وفى قرية يدفعون على أن يكون الثلثان للمزارع والثلث لرب الأرض، وقد يدفعون على أن يكون ثلاثة أسهم لأحدهما وسهمان للآخر، إذا كان ما يشترط للمزارع ولرب الأرض فى المزارعة معلومًا فى كل مكان يصرف مطلق الأمر بالمزارعة إلى المعروف، فصار المعروف كالمشروط، فأما بيع العين بمثل القيمة، وبما يتغابن الناس فى مثله إن كان معروفًا فيما بين الناس، فالبيع بما لا يتغابن الناس فى مثله معروف أيضًا فيما بين التجار، فإن التاجر قد يبيع الشىء بما لا يتغابن الناس فى مثله حتى يشترى سلعة أخرى، فيربح عليها إن خسر على هذا، ولهذا قالوا: لو حلف لا يبيع، فباع شيئًا بما لا يتغابن الناس فى مثله، حنث فى يمينه، ولو كان المعروف فى البياعات البيع بمثل القيمة، أو بأقل بحيث يتغابن الناس فى مثله لا غير لا يصرف مطلق اليمين إليه، وإذا كان العرف مشترك الدلالة فى باب البيع لم يتقيد الأمر بالبيع بمثل القيمة، فبقى عامًا، وأجرى على عمومه؛ لأن الأصل أن العام يجرى على عمومه ما لم يقم دليل الخصوص إلا أن هذا لايقوى؛ لأن محمدًا رحمه الله قال: إن دفع فيما يتغابن الناس فى مثله جاز، ولو تقيد الأمر بالمعروف فى كل مكان لكان لا يجوز إذا نقص عن المعروف فى ذلك المكان كما لو نص على ذلك، فالصحيح أن يحمل على الخلاف.

وإذا بطلت المزارعة على قولهما: إن زرعها المزارع على ذلك، وأخرجت طعامًا كثيرًا، فالخارج بين الوكيل والمزارع على ما شرطا؛ لأن الوكيل خالف إلى شر فصار دافعًا أرضه مزارعة من غير أمره، فصار غاصبًا، ومن غصب أرض إنسان ودفع إلى

غيره مزارعة بشرائطها، وزرع المزارع كان الخارج بينهما على ما شرطا، ولا شيء لرب الأرض، فكذا هذا.

ولو نقصت المزارعة الأرض، فالمزارع يضمن نقصان الأرض لرب الأرض فى قولهم جميعًا؛ لأن النقصان حصل بفعله، والعقار يضمن بالإتلاف عندهم جميعًا، وإن أراد رب الأرض أن يضمن الوكيل نقصان الأرض لا يكون له ذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله الآخر؛ لأنه لو ضمن الوكيل بحكم الغصب، فإنه لم يوجد[1] منه إتلاف، فإنه لم يزرع الأرض، والعقار لا يضمن بالغصب عند أبى حنيفة رحمه الله، وهو قول أبى يوسف رحمه الله الآخر، فأما على قول محمد وأبى يوسف رحمهما الله الأول، فصاحب الأرض بالخيار، إن شاء ضمن المزارع، وإن شاء ضمن الوكيل؛ لأن العقار عنده يضمن بالغصب، فيتخيّر فى التضمين، فإن ضمن المزارع، فالمزارع يرجع على الوكيل، ؛ لأنه مستأجر للأرض، والمستأجر إذا لحقه ضمان فيما استأجر كان قرار ذلك على الأجر، فإن ضمن الوكيل لا يرجع على المزارع؛ لأنه لو رجع على المزارع كان للمزارع أن يرجع بذلك عليه، فلا يفيد الرجوع.

١٨٥٠٢- هذا إذا أوجبت المزارعة نقصانًا فى الأرض، فأما إذا لم يوجب نقصانًا فى الأرض ما حكمه؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل نصًّا.

وحكى عن الشيخ الإمام أبى بكر العتابى رحمه الله: أنه كان يقول: المزارعة تجوز استحسانًا على الموكل، ويكون الخارج بين رب الأرض والمزارع على ما شرطا، ولا يكون للوكيل من ذلك شيء.

وقال غيره من مشايخنا رحمهم الله: إن المزارعة جائزة إلا أن الخارج بين الوكيل والمزارع، ولا شيء لرب الأرض، وهو الموكل، وقد أشار محمد رحمه الله فى الكتاب إلى هذا، فإنه قال: الخارج بين الوكيل والمزارع على ما شرطا، ولا شيء للموكل بلا فصل بينهما إذا أوجب الزراعة نقصانًا فى الأرض، وبينما إذا لم يوجب نقصانًا فى الأرض، ثم قال: فإن كان نقصت الأرض كان على المزارع ضمان النقصان، فإنما غير الجواب بين المسألتين من حيث النقصان.

---

(١) وفى الأصل: "يوجد" مكان: "لم يوجد".

وجه ما ذهب إليه أبو بكر العتابى وهو أن هذا محجور أجر أرض غيره، وقد سلم الأرض من النقصان، فتجوز المزارعة على رب الأرض استحساناً، ويكون الخارج بين المزارع ورب الأرض كما لو شرطا فى المزارعة قياساً على العبد المحجور إذا أجر أرض مولاه مزارعة إلى رجل، فزرعها وأخرجت الأرض طعاماً كثيراً، ولم توجب المزارعة نقصاناً في الأرض، فإن هناك تجوز المزارعة استحساناً، ويكون الخارج بين المزارع وبين رب الأرض نصفين، فكذلك هذا، وإنما قلنا: إنه محجور؛ لأن الحر محجور عن دفع أرض الغير مزارعة كالعبد محجور عن دفع أرض مولاه مزارعة.

ووجه ما إشار إليه في الكتاب: وهو أن فى العبد المحجور المزارعة جازت استحساناً إذا لم توجب الزراعة نقصاناً فى الأرض فيما بين المزارع والعبد؛ لأن المزارعة فى هذه الحالة نفع محض، فإنه يحصل له بعض الخارج من غير نقصان يتمكن فى الأرض، وإنه غير محجور عن المنافع كما لم يحجر عن قبول الهبة، فجاز العقد فيما بين المحجور والمزارع كما لو قبل الهبة، فصار ما شرط للعبد كسب العبد يكون لمولاه كما لو قبل العبد الهبة، فالهبة تقع للعبد ويكون الموهوب لمولاه؛ لأنه كسب عبده.

فأما فى مسألتنا هذه فالعقد وجد من الحر، فينفذ على الحر، فيكون نصيبه من الخارج كسب الحر، وكسب الحر يكون له لا لغيره، فلم يكن الغاصب فى الأرض المغصوب إذا سلمت من النقصان بمنزلة العبد المحجور.

فإن كان الوكيل دفع الأرض مزارعة بشيء يتغابن الناس فيه حتى جازت المزارعة على الموكل، فالخارج يكون بين المزارع ورب الأرض على ما اشترط المزارع والوكيل كما لو دفع الموكل بنفسه، والذى يلى قبض نصيب رب الأرض الوكيل؛ لأن الوكيل آجر أرضه ببعض الزرع، فيتعبر بما لو آجر أرضه بالدراهم والدنانير، وهناك قبض الأجر يكون إلى الوكيل؛ لأنه من حقوق العقد، فكذلك ههنا، وليس لرب الأرض أن يقبضه إلا بوكالة من الوكيل؛ لأن حقوق العقد عندنا راجع إلى الوكيل كأنه عقد لنفسه، ولو عقد لنفسه لا يملك غيره أن يقبض نصيبه إلا بوكالة منه، فكذلك ههنا، فإن دفع المزارع إلى رب الأرض برئ استحساناً؛ لأنا لو نقضنا قبضه احتجنا إلى إعادة مثله، ونقض الشيء لإعادة مثله اشتغال بما لا يفيد، والقياس والاستحسان فى هذا نظير

القياس، والاستحسان فى المشترى من الوكيل إذا دفع الثمن إلى الموكل يبرأ استحسانًا؛ لأنا لو نقضنا قبضه احتجنا إلى إعادة مثله فلا يفيد النقض، فلا يشتغل به.

١٨٥٠٣- هذا إذا كان البذر من قبل المزارع، فأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض بأن دفع الرجل أرضًا وبذرًا إلى رجل، ووكّله أن يدفعها مزارعة هذه السنة، فدفعها الوكيل إلى غيره مزارعة بشرائطها بما يتغابن الناس فى مثله حتى جاز ذلك على الأمر، كان الخارج بين الأمر والمزارع على ما شرطا فى المزارعة، والذى يلى قبض نصيب رب الأرض على رواية هذا الكتاب، وعلى رواية كتاب الوكالة الذى يلى قبض نصيب رب الأرض الوكيل، فعلى رواية هذا الكتاب فرق بينما إذا كان البذر من قبل رب الأرض وبينما إذا كان من قبل المزارع.

والفرق أن صاحب الأرض ما يستحق من الخارج ليس يستحق بالشرط والعقد، وإنما يستحق؛ لأنه فرع ملكه، ألا ترى أنه لو فسدت المزارعة كان الخارج كله لصاحب البذر، وإذا كان ما يستحق صاحب البذر من الخارج بحكم الملك لا بحكم العقد، فقبض نصيبه يكون من حق المالك لا من حق العقد، فيكون إلى المالك، أما ما يستحق غير صاحب البذر من الخارج يستحقه بحكم العقد والشرط، فيكون قبض نصيبه من حق العقد، فيكون إلى العاقد، فإن قبض الوكيل نصيب رب الأرض، فعلى رواية كتاب الوكالة: يبرأ المزارع، ولا ينتقض قبضه، وعلى رواية هذا الكتاب: لا يبرأ المزارع، وينتقض قبضه؛ لأنه لو نقض قبضه لايحتاج إلى إعادة مثله ثانيًا، فإنه لا يدفع ثانيًا إلى الوكيل وإنما يدفع إلى الموكل، فكان النقض مفيدًا، فجاز الاشتغال به.

هذا إذا دفعها الوكيل مزارعة بما يتغابن الناس فيه، فأما إذا دفعها مزارعة بما لا يتغابن الناس فيه لم يجرى[1] على الموكل؛ لأن هذا وكيل بشراء المنفعة مطلقًا؛ لأن رب الأرض مستأجر للعامل إذا كان البذر من جهة رب الأرض، والوكيل بشراء العين مطلقًا إذا اشترى بما لا يتغابن الناس مثله لا يجوز على الموكل، فكذا ههنا.

من مشايخنا من قال: ما ذكر فى الكتاب قولهما، أما على قول أبى حنيفة رحمه الله: لو كان يرى جواز المزارعة ينبغى أن يجوز هذا العقد على الموكل؛ لأن هذا وكيل

(١) وفى الأصل: "لم يجز".

ببيع عرض بعرض آخر، فيجوز كيف ما كان كما لو قال لغيره: بع عبدى هذا بعرض.

بيانه: أن هذا وكيل ببيع بعض الخارج، وإنه عرض بمنفعة العامل، والمنفعة فى معنى العرض أيضًا، ألا ترى أنه يتعين فى العقود، وإذا لم يجز هذا العقد على الموكل عند الكل، أو عندهما صار الوكيل غاصبًا أرض الموكل، وبذره دافعًا مزارعة إلى غيره، فتجوز المزارعة فيما بين المزارع والوكيل، ويتخير رب الأرض فى تضمين البذر بين أن يضمن الوكيل وبين أن يضمن المزارع؛ لأن كل واحد منهما جائز فى حقه، فإن ضمن المزارع، فالمزارع يرجع على الوكيل؛ لأن المزارع آجره، والأجر رجع على المستأجر عما يلقحه من الغرم، وإن ضمن الوكيل، فالوكيل لا يرجع على المزارع، وإن أراد تضمين نقصان الأرض، بأن انتقصت الأرض بسبب الزراعة، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يرسف رحمهما الله: الأول له أن يضمن المزارع، وليس له أن يضمن الوكيل، وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله الآخر -وهو قول محمد رحمه الله-: له الخيار، فإن ضمن المزارع رجع هو على الوكيل، وإن ضمن الوكيل لا يرجع على المزارع على ما بيّنا.

١٨٥٠٤- وإذا دفع الرجل إلى رجل أرضًا، وأمره أن يدفعها إلى آخرمزارعة ولم يسمّ له المدة، كان للوكيل أن يدفعها مزارعة السنة الأولى، وإن دفعها مزارعة أكثر من ذلك لا يجوز، وهذا استحسان، والقياس أن يكون له أن يدفعها مزارعة بما شاء من السنين، وجه الاستحسان: أن التوكيل حصل بما له غاية ينتهى إليه، فيتقيد بأول الغاية من حين التوكيل قياسًا على ما قالوا: فيمن وكّل رجلا أن يشترى له أضحية تتقيد الوكالة بأوّل غاية تنتهى إليها الأضحية حتى لو مضى أيام النحر من هذا العام، ولم يشتر له أضحية، فاشترى له أضحية فى أيام النحر من العام الثانى لا يجوز، قلنا: والتوكيل حصل بالمزارعة، ولها غاية تنتهى إليها لا محالة، وهو وقت الحصاد، فإنه إذا حصد الزرع انتهت المزارعة نهايتها، ولهذا قالوا: إذا دفع الرجل أرضه مزارعة سنة، فحصد الزرع قبل مضى السنة انتقضت[1] المزارعة، وإن بقى بعض السنة إذا كان الباقى من السنة لا يكفى للمزارعة، فيتقيد التوكيل بأول الغاية من وقت التوكيل من هذا الوجه.

١٨٥٠٥- وإذا وكّل الرجل رجلا أن يأخذ له هذه الأرض مزارعة هذه السنة على

---

(١) وفى الأصل: "انتهت".

أن يكون البذر من قبل الموكل، فأخذها الوكيل له مزارعة بما يتغابن الناس فى مثله جاز على الموكل؛ لأنه وكيل بشراء المنفعة مطلقًا؛ لأنه وكيل باستئجار الأرض، فيحتمل منه ما يتغابن الناس فى مثله كما يحتمل من الوكيل بشراء العين، فإن زرعها الموكل بعد ذلك كان الخارج بين الموكل ورب الأرض على ما شرط فى المزارعة، والذى يلى قبض نصيب رب الأرض الوكيل باتفاق الروايات، وإن دفع الموكل نصيب رب الأرض إلى رب الأرض، فالمسألة على القياس والاستحسان، فإن أخذها الوكيل بما لا يتغابن الناس فى مثله، فإنه لا يجوز على الموكل إلا أن يرضى به الموكل.

قيل: ما ذكر أنه لا يجوز على الموكل قولهما، أما على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله: ينبغى أن يجوز؛ لأن هذا بمنزلة التوكيل ببيع العرض بعرض آخر، والوكيل ببيع العرض بعرض آخر إذا باع بعرض هو قليل القيمة بحيث لا يتغابن الناس فى مثله يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله.

ثم على قول محمد رحمه الله: لا يجوز هذا العقد على الموكل إلا أن يرضى به الموكل إشارة إلى توقف هذا العقد مع أن هذا التصرف شرى، والشراء لا يتوقف عند علمائنا رحمهم الله.

وحكى عن الفقيه أبى بكر البلخى أنه كان يقول: تأويل المسألة أن الوكيل أضاف المزارعة إلى الموكل بأن قال لصاحب الأرض: ادفع أرضك مزارعة لفلان على أن يكون البذر من جهته، وفى هذه الصورة لا شك أن الشراء يتوقف؛ لأنه لا يجد نفاذًا على الوكيل ما لم يضف العقد إلى نفسه، والشراء إذا لم يجد نفاذًا على العاقد يتوقف بلا خلاف.

١٨٥٠٦- هذا إذا دفع الوكيل الأرض إلى الموكل، وأخبره بما صنع، فأما إذا لم يخبره بذلك وقد دفع الأرض إليه، فهذا على وجهين: الأول: أن يقول له الوكيل: ازرعها، وفى هذا الوجه جميع الخارج للمزارع، ولرب الأرض على الوكيل أجر مثل الأرض، وتأويل المسألة أن الوكيل أضاف العقد إلى نفسه حتى نفذ العقد عليه، وصار الوكيل مستأجرًا للأرض لنفسه معيرًا إياها من الموكل، فالمستأجر يملك الإعارة من غيره كما يملك الإجارة، وإذا صحت الإعارة كان الزرع كله للمستعير، وكان لرب الأرض

على الوكيل أجر مثل الأرض، وإن انعقدت المزارعة بين رب الأرض والوكيل بشرائطها إلا أن الخارج قد استحق، فإن جميع الخارج صار للمزارع، والخارج متى استحق بعد حصوله تفسد المزارعة ويجب أجر مثل الأرض.

فأما إذا دفع الأرض إلى الموكل، ولم يقل له: ازرعها، فزرعها الموكل، فإن الخارج كله للموكل، ويضمن نقصان الأرض[1] لرب الأرض، ولا يجب على الوكيل أجر مثل الأرض لرب الأرض؛ لأنه لما دفع إليه الأرض ولم يقل له: ازرعها، صار مودعًا للأرض منه؛ لأن دفع الأرض إليه قد يكون للحفظ، وقد يكون للمزارعة إلا أن الحفظ أقلهما، فكان متعينًا، فيثبت ذلك.

وإذا ثبت الأمر بالحفظ، صار الموكل مودعًا، فهذا مودع زرع أرض الوديعة بغير إذن صاحبها، فيصير غاصبًا للأرض، ويكون الزرع له، ويكون عليه نقصان الأرض إن نقصت الأرض بسبب الزراع، ولا أجر على الوكيل بخلاف الوجه الأول؛ لأن فى الوجه الأول الوكيل مستأجر أعار المستأجر، وفى الوجه الثانى مستأجر غصب منه المستأجر.

١٨٥٠٧- وإذا وكّل الرجل رجلا أن يأخذ له أرض فلان وبذرًا مزارعة بعينها، فأخذها، فهذا على وجهين: الأول: أن يأخذها بما يتغابن الناس فى مثله، وفى هذا الوجه جاز العقد على الموكل، ويكون الخارج بين الموكل ورب الأرض على ما شرط الوكيل ورب الأرض، وإن أخذه بما لا يتغابن الناس فى مثله إن رضى به الموكل جاز عندهم، وإن لم يرض به الموكل لايجوز على الموكل.

من مشايخنا من قال: هذا على قولهما، فأما على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله: لو كان يرى جواز المزارعة ينبغى أن يجوز على الموكل.

ومنهم من قال: ما ذكر فى الكتاب قول الكل، وإذا لم يجز هذا العقد على الموكل، إما عند الكل أو عندهما، فدفع الوكيل الأرض إلى الموكل، فهذا على وجهين: الأول: أن يخبر الموكل بما صنع، وفى هذا الوجه إن زرعها الموكل كان ذلك إجازة منه للمزارعة، وإن لم يخبره بما صنع، فزرعها الموكل، فالقياس أن يكون الخارج كله

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "الأرض".

لرب الأرض والبذر، وفى الاستحسان: الخارج بين الموكل ورب الأرض على ما شرط الوكيل مع رب الأرض، فقد حكم بتوقف هذا العقد على إجازة الموكل قبل الشروع فى العمل، وحكم بنفاذه بعد العمل؛ لأن التوقف قبل العمل إنما كان نفيًا للضرر عن الموكل حتى لا يجبر على العمل ببدل يسير، وهذا المعنى يوجب النفاذ بعد العمل، حتى لا يذهب عمله مجّانًا بغير بدل أصلا.

١٨٥٠٨- وإذا دفع الرجل إلى رجل نخيلا له ووكّله أن يدفعها معاملة هذه السنة، فدفعها فالجواب فيه كالجواب فيما إذا دفع أرضًا وبذر إلى رجل ليدفعها إلى غيره مزارعة إلا أنها يفترقان من وجه، فإن فى فصل المعاملة إذا دفع الوكيل النخيل بما لا يتغابن الناس فى مثله وعمل العامل فالخارج كله لرب النخيل، وللعامل على الوكيل أجر مثل عمله، وفى المزارعة تكون الخارج بين المزارع وبين الوكيل على ما شرطا.

والفرق أن الوكيل صار غاصبًا فى المسألتين جميعًا إلا أن من غصب نخيلا، أو دفعها إلى غيره معاملة وعمل العامل وخرج الثمر كان جميع الخارج لرب النخيل وللعامل أجر مثل عمله على الغاصب، ومن غصب من آخر أرضًا وبذر، أو دفع إلى غيره مزارعة، فزرعها المزارع فإن الزرع يكون بين الغاصب والمزارع على ما شرطا، ولا شيء لرب الأرض على ما عرف فى موضعه.

١٨٥٠٩- وإذا وكّله بأن يأخذ له نخلا معاملة، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا وكّله، بأن يأخذ له أرضًا وبذر مزارعة، ثم الوكيل إن كان من جانب العامل، فهو الذى قبض نصيب العامل باتفاق الروايات، وإن كان من جانب رب النخل، فعلى رواية هذا الكتاب: لا يملك قبض نصيب رب النخيل، وعلى رواية كتاب الوكالة يملك.

وإذا وكّله أن يأخذ له أرضًا مزارعة ليزرعها ببذر من جهته، ولم يسم[1] له الأرض، فهذه الوكالة باطلة؛ لأنه وكّله بشراء منفعة الأرض لا بعينها، ولو وكّله بشراء منفعة الأرض لا بعينها، لا يجوز إلا إذا بيّن ثمنها؛ لأن الأراضى فى الحكم بمنزلة أجناس مختلفة لعظم التفاوت الذى تكون بين الأراضى، فكذا لا يصح التوكيل بشراء منفعة الأرض إلا إذا عيّن الأرض إلا أن بين المزارعة التى هى شراء منفعة الأرض، وبين

(١) وفى الأصل: "لم يسلم".

شراء عين الأرض نوع فرق أن فى شراء عين الأرض إذا بيّن الثمن يصح التوكيل ؛ لأن ببيان الثمن يصير نوع الأرض معلومًا ، وفى المزارعة إذا بيّن مقدار الخارج الثلث أو الربع أو ما أشبه لا يصح التوكيل ؛ لأن ببيان مقدار الخارج لا يصير نوع الأرض معلومًا .

١٨٥١٠- وكذلك لو وكّله بأن يأخذ له نخيلا معاملة ، ولم يسمّ له النخيل بعينها لا يصح التوكيل ، وإن كان وكّله ببيع عمله لا بشراء منفعة الأرض ، لأن المقصود من بيع العمل حصول الخارج ، وإنه يتفاوت بتفاوت الأراضى ، وهذا كله بخلاف ما لو دفع أرضه إلى رجل ، وأمره أن يدفعها إلى غيره مزارعة ولم يسمّ المزارع ، فإنه صح التوكيل وإن كان الناس يتفاوتون فى العمل ؛ لأن هناك وكّله ببيع منفعة أرض بعينها ، ولم يسمّ المشترى ، ولو وكله ببيع الأرض بعينها ، ولم يسمّ المشترى ، جاز التوكيل ، فكذا إذا وكله ببيع منفعة الأرض لا بعينها وفيما تقدم ، وكله بشراء منفعة أرض لا بعينها ، ومثل هذا التوكيل بشراء عين الأرض لايصح ، فكذا بشراء منفعة الأرض .

١٨٥١١- ولو وكّله أن يأخذ هذه الأرض له وبذراً معها مزارعة ، فهو جائز ، وإن لم يعين البذر ، والبذر أجناس مختلفة ، فتمكن الجهالة إلا أنه لا جهالة فى محل العمل وهو الأرض ، وإنما الجهالة فى البذر ، والبذر بدل ، وجهالة جنس البدل لا تمنع صحة التوكيل كما لو وكّله ببيع العين ، ولم يسم البدل .

وإذا صح التوكيل أى بذر ما أخذ كان جائزًا ؛ لأن التوكيل مطلق فى حق البذر ، فيجرى على إطلاقه .

١٨٥١٢- وإذا وكّل رجلا أن يدفع أرضه هذه السنة مزارعة ، فآجره بكر حنطة وسط أو بكر شعير وسط ، فالقياس أن لا يجوز على الموكل ؛ لأنه خالف من حيث الجنس ؛ لأن رب الأرض وكّله بالمزارعة ، وقد عقد عقد الإجارة ، والإجارة مع المزارعة جنسان مختلفان ، وفى الاستحسان : يجوز على الموكل ؛ لأنه أتى بجنس ما أمر به ؛ لأنه أتى بالعقد المأمور به بالبدل المأمور به ، أما العقد فلأن المزارعة تنعقد إجارة ، وأما البدل فلأن البدل المأمور به بعض ما يخرج من الأرض ، والوكيل جعل البدل كذلك إلا أنه خالف من حيث أن البدل المأمور به بعض ما يخرج من أرضه عينًا لا فى الذمة ، وهو جعل البدل بعض ما يخرج من الأرض فى الذمة إلا أن هذا خلاف إلى خير ؛ لأن الخارج

من أرضه قد يسلم وقد لا يسلم بأن أصاب الزرع آفة، و لم تخرج الأرض شيئًا، فكان هذا خلافًا في الجنس المأمور به إلى خير، فلا يعدّ خلافًا بخلاف ما لو آجره بالدراهم أو بالدنانير، حيث لا يجوز على الموكل؛ لأنه خالف في جنس المأمور به في البدل؛ لأن البدل المأمور به ما يخرج من الأرض، وقد حصل البدل ما لايخرج من الأرض، وبخلاف ما لو باع الأرض بالحنطة أو الشعير، حيث لا يجوز على الآمر؛ لأنه خالفه في جنس المأمور به في العقد.

١٨٥١٣- وإذا وكّل رجلا أن يدفع أرضه مزارعة هذه السنة في الحنطة خاصة، فآجرها من رجل بكر حنطة وسط، فذلك جائز استحسانًا على ما ذكرنا، وللمزارع أن يزرعه ما بدا له من الزراعات مما هو في الضرر على الأرض مثل الحنطة، أو أقل ضررًا؛ لأنه لما نفذ هذا العقد على الموكل استحسانًا، صار كأن الموكل آجرها بكر حنطة وسط ليزرعها حنطة، وهناك كان للمزارع أن يزرع ما بدا له مما كان في الضرر على الأرض مثل الحنطة أو أقل، كذا ههنا.

١٨٥١٤- وإذا وكّل الرجل رجلا بدفع أرضه هذه السنة مزارعة بالثلث والبذر من قبل المزارع، فدفعها الوكيل على أن لرب الأرض الثلث، وللمزارع الثلثان، فقال رب الأرض: إنما عنيت الثلث للمزارع، فإنه لا يلتفت إلى قول رب الأرض؛ لأن هذا الاختلاف لو وقع بين رب الأرض والمزارع، والبذر من قبل المزارع لم يُلتفت إلى قول رب الأرض؛ لأن حرف الباء قرن بالثلث، والباء تصحب الأبدل، فيكون الثلث مشروطًا لمن يستحقه على طريق البدل من كل وجه، والذي يستحق الخارج على سبيل البدل الذي لا بذر من جهته، وهو صاحب الأرض في مسألتنا، فكذا إذا وقع هذا الاختلاف بين الوكيل وبين رب الأرض لا يلتفت إلى قول رب الأرض، وإن كان رب الأرض دفع الأرض مع البذر إلى الوكيل، وباقي المسألة بحالها، فقال الوكيل لرب الأرض: إنما عنيت أن الثلث لرب الأرض، فالقول قوله؛ لأن هذا الاختلاف لو وقع بين رب الأرض والمزارع كان القول قول رب الأرض؛ لأن المزارع في هذه الصورة هو المستحق بحكم الشرط على سبيل البدل، فكذا إذا وقع هذا الاختلاف بين الوكيل وبين رب الأرض.

١٨٥١٥- وإذا وكّل الرجل رجلا أن يدفع أرضه هذه السنة مزارعة بالثلث، فآجره الوكيل من رجل بكر حنطة وسط، فزرعها المستأجر، فأخرجت زرعًا كثيرًا يكون الكر مثل ثلثه أو أقل أو أكثر، فذلك سواء لا يجوز على الموكل فى الوجوه كلها.

وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا كان الكر أقل من الثلث؛ لأنه خالف إلى شر، إنما يشكل إذا كان الكر مثل الثلث أو أكثر؛ لأنه خالف إلى خير، ألا ترى ما ذكر محمد رحمه الله فى رجل وكّل رجلا، بأن يأخذ له نخيل فلان معاملة بالثلث فأخذها له بكر تمر فارسى جيد قال: إن علم أن الكر مثل ثلثه، أو أكثر جاز على الموكل، وإن علم[1] أنه أقل من ثلثه، لايجوز على الموكل.

من مشايخنا من قال: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، موضوع ما ذكر فى المزارعة أنه كان لا يعلم وقت العقد أن الكر يكون مثل ثلث الخارج أو أقل أو أكثر، وإنما علم ذلك بعد ما حصل الخارج، فإنه قال: فأخرجت الأرض زرعًا يكون الكر مثل ثلثه أو أكثر، فقد إشار إلى أن الأمر كان مشكلا وقت العقد، ويجب أن يكون هذا معلومًا وقت العقد حتى يجوز العقد، وموضوع ما ذكر فى المعاملة أنه علم عند العقد أن الكر مثل ثلث ما يخرج من مثل هذا النخيل، حتى إن فى المعاملة لو كان الأمر مشكلا وقت المعاملة لا يجوز هذا العقد على الموكل إلا إن يشاء الموكل، وفى المزارعة لو علم وقت العقد أن الكر مثل ثلث ما يخرج من مثل هذه الأرض يجوز العقد، فاختلف الجواب لاختلاف الموضوع.

من مشايخنا من قال: المزارعة لا تجوز، وإن علم وقت العقد أن الكر يكون مثل ثلث الخارج والمعاملة تجوز، وهذا القائل يقول: ما ذكر فى المزارعة جواب القياس، وما ذكر فى المعاملة جواب الاستحسان، فعلى قول هذا القائل: كلتا المسألتين على القيا س والاستحسان.

١٨٥١٦- وإذا وكّل رجلا أن يؤاجر أرضه هذه السنة بكر من حنطة وسط، فدفعها المزارعة بالنصف على أن يزرعها صاحبها كر حنطة، فزرعها المزارع، وأخرجت الأرض شيئًا كثيرًا، فهذا لا يجوز على الموكل قياسًا واستحسانًا.

---

(١) وفى الأصل: "وإذا علم".

وإن علم وقت العقد أن النصف يكون أكثر من الكر بخلاف المسألة الأولى ، فإن ذلك جائز استحسانًا إذا علم أن الكر مثل الثلث أو أكثر ؛ لأن في هذه المسألة[1] خالفه إلى شر ؛ لأن النصف يسلم له في حال دون حال ، فإنه إذا أصاب الزرع آفة أو لم يخرج شيئًا لا يسلم له النصف ، والكر في الذمة يسلم له على كل حال ، فكان[2] خلافًا له إلى شر ، فعد خلافًا ، وفي المسألة الأولى خالفه إلى خير ، فلم يعتبر خلافًا -والله أعلم- .

---

(١) وفي ظ : "السنة" .

(٢) وفي الأصل : "فإن كان خالفه إلى شر فقد اعتبرنا خلافا" ، وفي ف : "وكان خلاف له" .

الفصل الحادى والعشرون
فى بيان ما يجب من الضمان على المزارع والمعامل

١٨٥١٧ - العامل فى الكرم إذا باع أوراق الفرصاد بغير إذن صاحب الكرم ينظر إن أجاز صاحب الكرم البيع حال قيام الأوراق، فالثمن له، وإن استهلك المشترى الأوراق، ثم أجاز صاحب الكرم البيع أو لم يجز، فلا شىء له من الثمن، وله الخيار إن شاء ضمن العامل وإن شاء ضمن المشترى؛ لأن كل واحد منهما متعدّ فى حقه العامل بالتسليم، والمشترى بالقبض.

ثم فى هذه المسألة إشارة إلى أنه لا حصة للعامل من الأوراق، فإنه قال: إذا جاز صاحب الكرم البيع حال قيام الأوراق فالثمن له جعل جملة الثمن لصاحب الكرم، ولذلك قال: إن استهلك المشترى الأوراق، ثم أجاز صاحب الكرم البيع أو لم يجز كان له أن يضمن العامل إن شاء، وإن شاء ضمن المشترى، ثم أوجب الضمان مطلقًا غير مقيد بحصة رب الأرض، وهذا قول بعض المشايخ، وكان قال الفقيه أبو بكر البلخى رحمه الله: من أخذ نخيلا معاملة يدخل فيه القوائم والأوراق والحطب والثمرة.

١٨٥١٨ - الأكّار إذا ترك سقى الزرع حتى فسد الزرع يصير ضامنًا للزرع يعنى نصيب رب الأرض، ويعتبر قيمة الزرع يوم ترك السقى، وإن لم يكن للزرع قيمة فى ذلك الوقت تقوم الأرض مزروعة وغير مزروعة، فيضمن فضل ما بينهما.

قالوا: وهذا بخلاف ما ذكر فى كتاب الشرع فيمن منع الماء من أرض رجل حتى هلك زرعه عطشًا أنه لا يضمن المانع شيئًا؛ لأن وجوب الضمان على المزارع بترك السقى باعتبار أن السقى من أعمال المزارعة، فاستحق على المزارع، فبتركه يصير مضيعًا، وهذا المعنى لا يتأتى فى تلك المسألة[1].

وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": إذا أخر المزارع السقى تأخيرًا لا يفعله الناس

(١) وفى ف وم: "فى تلك المسألة: نظير مسألتنا إذا استأجر صار البحر فى التنور حتى احترق"، وفى الأصل: "سار البحر فى الصور".

ضمن، وإن أخر تأخيرًا يفعله الناس لا يضمن.

١٨٥١٩- وإذا ترك الأكّار حفظ الزرع حتى أصابه آفة من أكل الدواب أو نحو ذلك يضمن؛ لأن الصيانة والحفظ واجب عليه بحكم العقد، وترك الحفظ الواجب بحكم العقد يوجب الضمان، ألا ترى أن المودع إذا دلّ سارقًا على الوديعة يضمن، وإنما يضمن بترك الحفظ الواجب عليه بالعقد، وإذا لم يطرد الجراد حتى أكل الزرع ينظر إن كان الجراد بحال يمكن طرده ودفعه، فإذا لم يطرده الأكار ولم يدفعه، فعليه الضمان، وإن كان بحال لا يمكن طرده ودفعه، فلا ضمان عليه.

والحاصل أن في كل موضع ترك الأكار الحفظ مع القدرة عليه يجب الضمان، وما لا فلا، وهذا إذا لم يدرك الزرع، أما إذا أدرك فلا ضمان على المزارع بترك الحفظ.

١٨٥٢٠- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": لو أن المزارع حصد الزرع وجمع وداس بغير إذن الدافع من غير أن يشترط ذلك عليه، فحصة الدافع مضمونة عليه، ولو شرط ذلك عليه، فتغافل عنه حتى هلك الزرع، قال الفقيه أبو بكر البلخي: يضمن الهالك.

وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله: أنه إذا أخر تأخيرًا لا يفعل الناس مثله فيضمن، وإذا أخر تأخيرًا يفعل الناس مثله لا يضمن، وهذا بناء على ما اختاره أئمة بلخ من صحة اشتراط هذه الأعمال على العامل، أما على ما هو ظاهر الرواية أن اشتراط هذه الأعمال على المزارع لا يصح، لا يضمن بالتأخير كيف ما أخر؛ لأن الشرط إذا لم يصح صار ذكره ولا ذكره سواء، ولو لم يشترط هذه الأعمال على المزارع، لا يضمن بالتأخير كيف ما أخر، فكذا إذا اشترط، ولم يصح الشرط.

١٨٥٢١- في "مجموع النوازل" عن أبي يوسف: حرث بين رجلين أبى أحدهما أن يسقيه يجبر عليه، فإن فسد الزرع قبل أن يرفع الأمر إلى القاضي فلا ضمان، وإن رفع الأمر إلى القاضي، فأمره القاضي، فامتنع ضمن إذا فسد.

١٨٥٢٢- وفي "فتاوى الأصل": إذا دفع الأشجار معاملة، ومن الأشجار ما لو لم يشد يفسده البرد نحو التين والرمان والكرم، فلم يشده الأكار حتى فسد، فهو ضامن.

١٨٥٢٣- وفى "فتاوى النسفى رحمه الله": رجل دفع إلى رجل أرضًا وبقرًا وبذرًا مزارعة، فسلّم المزارع البقر إلى الراعى فضاع، فلا ضمان عليه، ولا على الراعى.

وذكر فى كتاب العارية فى البقر المستعار مثل هذا، وذكر فى الإجارات فى البقر المستأجر فى مثل هذه الصورة: أن المستأجر ضامن، والأول أصح.

١٨٥٢٤- وفى "فتاوى النسفى" أيضًا: إذا دفع الرجل بقره إلى المزارع حتى يزرع الأرض ببقره، فزرع، فلما فرغ ترك البقر يرعى، فسرق إن فيه اختلاف المشايخ، واختار شيخ الإسلام السغدى أنه لا ضمان.

١٨٥٢٥- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": إذا دفع الرجل أرضه إلى رجل أن يزرعها هذه السنة، وجعل البدل كر حنطة بعينه فى يد المزارع، فهو جائز، لأن استئجار الأرض بحب لم يخلق بعد جائز، فلأن يجوز بحب موجود معلوم أولى، فإن زرع المزارع سنة هذه كلها، فلما انقضت السنة، واستحصد الزرع استهلك المزارع الكر الذى به استأجر الأرض، فعلى المزارع أجر مثل الأرض بالغًا ما بلغ ولا يكون عليه طعام مثل ذلك الطعام، وهذا لأن الإجارة قد فسدت باستهلاك الكر الذى هو أجر؛ لأن الأجر عين، وهلاك الأجر إذا كان عينًا قبل التسليم يوجب فساد الإجارة، ألا ترى أنه لو كان الأجر ثوبًا بعينه وهلك قبل التسليم تفسد الإجارة، كذا ههنا، وهذا لأن الإجارة بيع المنفعة، فيعتبر ببيع العين، وفى بيع العين بالعين هلاك أحدهما قبل التسليم يفسد العقد، فكذا فى بيع المنفعة، وإذا فسدت الإجارة، وجب على المزارع رد ما استوفى من منفعته الأرض، وتعذر رد عينها، فيجب رد قيمتها، وقيمة المنفعة أجر المثل، فرق بين هذا وبينما إذا دفع الأرض مزارعة ببعض الخارج، فلما استحصد الزرع استهلكه المستأجر، فإنه يضمن مثل حصته من الطعام، ولا يضمن أجر المثل.

والفرق أن فى استئجار الأرض ببعض الخارج استهلاك الأجر، حصل بعد قبض الأجر؛ لأن رب الأرض هو المؤاجر للأرض إذا كان البذر من جهة المزارع، وقد صار قابضًا ما شرط له من الأجر بعد ما نبت، وصار له قيمة حكمًا لاتصاله بملكه[1]، وإن

(١) وفى الأصل: "بملكه، وهلاك شيء بعينه وإن كان".

كان البذر من جهة رب الأرض، فهو المستأجر للمزارع، والأجر في يد المزارع من حيث الحقيقة، واستهلاك الأجر بعد قبض الأجر، فلا يوجب فساد العقد، بل يوجب طعامًا مثل ذلك، أما في فصل استئجار الأرض الكر في يد الآجر، وصاحب الأرض[1] لم يصر قابضًا للأجر لا باليد، ولا حكمًا لاتصاله بملكه، هلاك الأجر قبل القبض إذا كان الأجر شيئًا بعينه يوجب فساد العقد، والتقريب ما مرّ حتى إن في هذه المسألة لو قبض صاحب الأرض الكر الأجر من المزارع، ثم استهلكه المزارع ضمن مثل ذلك الكر، ولا يضمن مثل أجر الأرض.

سئل معتاد آنست كه كديوري بتابستان در باغها باشند اگر كديوري در باغ نباشد، وباغ را ضائع ماند يا درخت بركنند يا جوب وارنج بردند، فاتفقت الأجوبة أن على الكنديور الضمان.

ومن هذا الجنس معتاد أهل سمرقند آنست كه كديور آن برمستان در محلها باشند در باغهاى اما وقت وقت بباغها درآيند، وباغ را مطالعه كنند، وآن مطالعه كنند، وآن مطالعه را ان جمله حفظ دانند اگر برمنتان كسى درباغ بيايد، وجوبهاى وارخ برداد رختان بركند حكم مسئله اينست كه اگر كديور مطالعه معتاد كرده باشد وتاوان دار نه شود، واگر مطالعه معتاد نه كرده باشد تاوان دار شود.

---

(١) وفي الأصل: "صاحب الأجرة".

الفصل الثانى والعشرون
فى الكفالة فى المزارعة والمعاملة

١٨٥٢٦- ما يجب اعتباره فى هذا الفصل أن الكفالة المشروطة فى المزارعة أو المعاملة، إذا حصلت بوصف الصحة بأن حصلت بعمل مضمون أو مال مضمون وجب بعقد المزارعة أو المعاملة، وأمكن استيفاءه من الكفيل صحت المزارعة والمعاملة، ومتى حصلت بمال مضمون أو عمل مضمون يمكن استيفاءه من الكفيل صحت إلا أنه لم يجب بعقد المزارعة، إنما وجب بسبب آخر، فإنه يوجب فساد المزارعة، ونظيره فى البيع إذا باع بشرط أن يعطيه المشترى كفيلا بدين آخر سوى الثمن إن لم تكن هذه الكفالة مشروطة فى المزارعة والمعاملة، لا تفسد المزارعة والمعاملة، وإن حصلت الكفالة بوصف الفساد بأن حصلت بعمل غير مضمون أو بمال غير مضمون، أو بمضمون لا يمكن استيفاءه من الكفيل، وقد شرطت فى عقد المزارعة والمعاملة فسدت المزارعة والمعاملة.

١٨٥٢٧- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": إذا دفع الرجل أرضه مزارعة ليزرعها المزارع سنة هذه ببذر من عند نفسه بالنصف، وأخذ رب الأرض من المزارع كفيلا بالعمل، فهذه الكفالة وقعت بوصف الفساد؛ لأن العمل غير مضمون على المزارع إذا كان البذر من جهته، بل هو بالخيار، إن شاء زرع، وإن شاء لم يزرع، فإن كانت مشروطة فى المزارعة يوجب فساد المزارعة، وإن لم تكن مشروطة فى المزارعة لا يوجب فساد المزارعة.

وإن كان البذر من جهة رب الأرض، وباقى المسألة بحالها إن كانا شرطا فى المزارعة عمل المزارع بنفسه، فهذه الكفالة وقعت بصفة الفساد؛ لأنها حصلت بما لا يمكن استيفاءه من الكفيل؛ لأن عمل المزارعة لا يمكن استيفاءه من الكفيل، فإن كانت مشروطة فى المزارعة تفسد المزارعة وما لا فلا، وإن لم تشترط عمل المزارع بنفسه، فهذه الكفالة حصلت بوصف الصحة؛ لأنها حصلت بعمل مضمون على المزارع؛ لأن المزارع يجبر على العامل، وإذا لم يكن البذر من جهته، وقد لزمه هذا العمل بحكم

المزارعة، ويمكن استيفاءه من الكفيل؛ لأنه متى لم يشترط عمل المزارعة بنفسه كان له أن يقيم غيره مقام نفسه فى العمل، فجازت المزارعة، شرطت الكفالة فيها أو لم تشترط.

والجواب فى المعاملة: إذا أخذ رب النخيل من العامل كفيلا بالعمل نظير الجواب فى المزارعة، إذا كان البذر من قبل رب الأرض.

١٨٥٢٨- وإذا دفع الرجل إلى رجل أرضًا مزارعة بالنصف وأخذ رب الأرض من المزارع كفيلا بحصته، وأخذ المزارع من رب الأرض كفيلا بحصته، فهذه الكفالة حصلت بصفة الفساد؛ لأنها حصلت بما ليس بمضمون على الأصيل؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة، وتتم شركة، ونصيب كل واحد من الشريكين أمانة فى يد صاحبه، والكفالة فى مال الأمانات[1] باطلة، فهو معنى قولنا: إن الكفالة[2] حصلت بصفة الفساد، فإن شرطت فى المزارعة تفسد المزارعة وما لا فلا، وإن أخذ كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه بحصته إن استهلكه إن كانت الكفالة مشروطة فى المزارعة، فالمزارعة فاسدة، والكفالة جائز، وإن لم تكن مشروطة فى المزارعة، فالمزارعة والكفالة جائزتان؛ لأن الكفالة حصلت بمال لم يجب على الأصيل بعقد المزارعة، بل وجب بسبب آخر، لا بالمزارعة على التفصيل الذى ذكرنا.

وإن كانت المزارعة فاسدة، فأخذ أحدهما كفيلا عن صاحبه بحصته من الزرع، فالكفالة باطلة؛ لأن المزارعة إذا كانت فاسدة كان الخارج كله لصاحب البذر، وللآخر أجر المثل، فإذا أخذ الكفيل من صاحب البذر فقد أخذ بشىء ليس عليه؛ لأنه أخذ بحصته الآخر من الخارج، ولا حق للآخر فى الخارج، إنما حقه فى أجر المثل وما أخذ الكفيل به، وإن أخذ الكفيل من غير صاحب البذر، فقد أخذ الكفيل بما هو أمانة؛ لأن الخارج عنده أمانة لصاحب البذر.

---

(١) وفى ظ: "بالأمانات" مكان: "فى مال الأمانات".

(٢) وفى الأصل: "أن الأمانة".

الفصل الثالث والعشرون
فى مزارعة الصبى والعبد المأذون

١٨٥٢٩ - العبد المأذون به فى التجارة إذا دفع أرضه مزارعة بشرائطها فالمزارعة جائزة على قول من يرى جواز المزارعة سواء كان البذر من جهة العبد أو من جهة المزارع؛ لأن المزارعة داخلة تحت الإذان؛ لأنها مبادلة بعض الخارج بمنفعة المزارع أو بمنفعة الأرض، وكل ذلك مال، والتجارة مبادلة المال بالمال، فتدخل المزارعة تحت الإذن بالتجارة، وكذلك إذا أخذ مزارعة بشرائطها جاز؛ لما قلنا، وكذلك الصبى المأذون له فى التجارة من جهة الأب، أو الوصى يملك أخذ الأرض ودفعها مزارعة للمعنى الذى ذكرنا.

١٨٥٣٠ - وإذا دفع العبد المأذون له إلى رجل أرضًا مزارعة، ثم إن المولى حجر على عبده، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون البذر من جهة المزارع، وفى هذا الوجه المزارعة على حالها سواء حجر عليه المولى قبل الزراعة أو بعد الزراعة؛ لأن المزارعة لازمة فى جانب العبد إذا لم يكن البذر من جانب العبد، والحجر لا يؤثر فى عقود لازمة باشرها العبد فى حالة الإذن، ألا ترى أنه لا يؤثر فى حق البيع والإجارة التى باشرها العبد، فكذا لا يؤثر فى المزارعة.

الوجه الثانى: أن يكون البذر من جهة العبد، وفى هذا الوجه إن حجر عليه المولى بعد الزراعة، فالحجر لا يؤثر فيها، وبقيت المزارعة على حالها؛ لأن المزارعة بعد الزراعة تصير لازمة فى حق صاحب البذر، وإن حجر عليه قبل الزراعة كان الحجر نقضًا للمزارعة حتى يصير المزارع ممنوعًا عن المزارعة؛ لأن المزارعة فى حق صاحب البذر غير لازمة قبل الزراعة، فيعطى لبقاءها حكم الإنشاء، فكأن العبد أنشأ المزارعة بعد الحجر.

وإن كان العبد أخذ أرضًا مزارعة، ثم حجر عليه المولى، فإن كان البذر من جهة صاحب الأرض، فالمزارعة على حالها؛ لأن المزارعة لازمة فى حق العبد إذا لم يكن البذر من جهته، وإن كان البذر من جهة العبد إن كان الحجر قبل الزراعة، فالحجر يؤثر

فيها، ويصير العبد ممنوعًا عن الزراعة، وإن كان الحجر بعد الزراعة، فالحجر لا يؤثر فيها.

والجواب فى الصبى المأذون له إذا دفع أرضه مزارعة، أو أخذ أرضًا مزارعة، ثم حجر عليه الولى نظير الجواب فى العبد المأذون.

١٨٥٣١ – وإذا دفع العبد المأذون أو الصبى المأذون نخيله معاملة، أو أخذ نخيلا معاملة بشرائطها، فذلك جائز؛ لما قلنا فى المزارعة، فإن حجر عليه المولى أو الولى، فالمعاملة على حالها سواء كان الحجر قبل العمل أو بعد العمل؛ لأن المعاملة لازمة من الجانبين قبل العمل وبعد العمل على ما مر فى صدر الكتاب، وإذا دفع العبد المأذون إلى رجل أرضًا وبذرًا مزارعة على أن يزرعها هذه السنة بالنصف، ثم إن المولى نهى عن الزراعة، وفسخ المزارعة، إلا أنه لم يحجر على عبده، فالمزارعة على حالها ولا يعمل نهى المولى حتى كان للمزارع أن يزرع؛ لأنه حجر خاص ورد على إذن عام فلا يصح؛ لأنه لا يفيد؛ لأنه يبقى مأذونًا فيما سوى ذلك، والإذن فى نوع يكون إذن فى الأنواع كلها، فإذا لم يصح هذا النهى من المولى، صار وجوده وعدمه بمنزلة.

وكذلك لو أخذ العبد المأذون أرضًا مزارعة والبذر من جهته، فمنعه المولى من الزراعة، ولم يحجر عليه فإنه لا يعمل منعه وكان للعبد أن يزرعها؛ لما قلنا.

١٨٥٣٢ – قال: الصبى المحجور إذا دفع أرضه مزارعة بشرائطها، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون البذر من قبل المزارع، وفى هذا الوجه إن انتقص من الأرض بالمزارعة، فالمزارعة باطلة، وكان الخارج كله للمزارع وعليه نقصان الأرض؛ لأن هذا محجور أجر أرضه، والمحجور إذا آجر شيئًا، وانتقص المستأجر بسبب العمل، فإن إجارته لا تصح؛ لأنه لو صح صار بائعًا ما انتقص من الأرض ببعض الخارج، وإنه تصرف يتردد بين الضرر والنفع، ومثل هذا التصرف لا يصح من المحجور عليه.

وما إذا لم توجب الزراعة نقصانًا فى الأرض، فالقياس أن لا تصح المزارعة، وفى الاستحسان: يصح، وإن كان البذر من جهة المأذون، فإنه لا تصح المزارعة أوجب الزراعة نقصانًا فى الأرض أو لم توجب؛ لأن هذا محجور عليه استأجر العامل ببعض الخارج فى أرضه، فلا يصحّ قياسًا واستحسانًا، كما لو استأجرها بالدراهم، وإذا لم

يصح، صار المزارع غاصبًا للأرض والبذر جميعًا، فيعتبر فيه أحكام الغصب.

١٨٥٣٣- قال: وإذا دفع الرجل الحر إلى العبد المحجور عليه أو الصبى المحجور عليه الذى يعقل أرضًا مزارعة بشرائطها، فإن كان البذر من قبل رب الأرض وسلم العبد عن العمل فالقياس أن تكون المزارعة باطلة، ويكون الخارج كله لصاحب الأرض، وفى الاستحسان: المزارعة صحيحة، ويكون الخارج بينهما على ما اشترطا؛ لأن البذر إذا كان من جهة رب الأرض كأن المحجور آجر نفسه، والعبد المحجور إذا آجر نفسه وسلم من العمل صحت الإجارة استحسانًا.

فإن كان العبد أو الصبى قد مات بعد ما استحصد الزرع، فهو على وجهين: إن ماتا حتف أنفهما لا من عمل الزراعة فإن صاحب الأرض فى العبد يضمن قيمة العبد، وفى الصبى لا يضمن شيئًا؛ لأنه صار غاصبًا لهما بأول الاستعمال غير أن العبد يضمن بالغصب، والحر لا يضمن بالغصب، وإنما يضمن بالجناية، ولا جناية من رب الأرض على الصبى لا بطريق المباشرة ولا بطريق التسبيب، وإذا ضمن قيمة العبد كان الخارج كله لصاحب الأرض والبذر؛ لأن صاحب الأرض ملك العبد بالضمان من أول الاستعمال، فتبين أن عبده بذر أرضه.

وأما فى الصبى الخارج بين صاحب الأرض وورثة الصبى على ما اشترطا؛ لأن حصة الصبى كسب الصبى، فيصير ميراثًا لورثته.

وأما إذا ماتا من عملهما فى الأرض وهو وجه الثانى، فإن كان المزارع عبدًا، فإن صاحب الأرض يضمن قيمة العبد سواء مات العبد من عمل كان منه فى الأرض قبل الاستحصاد، أو من عمل وجد منه بعد الاستحصاد؛ لأنه لو مات حتف أنفه ضمن صاحب الأرض قيمته، فههنا أولى، ويكون الخارج كله لصاحب الأرض، وليس لمولى العبد من ذلك شيء؛ لما ذكرنا، وإن كان المزارع صبيًا، فإن مات من عمل كان منه قبل استحصاد الزرع، فعلى عاقلة صاحب الأرض دية الصبى؛ لأن صاحب الأرض صار مستعملا للصغير لنفسه، ومن استعمل صغيرًا لنفسه ومات بسبب العامل كان على عاقلة المستعمل دية الصبى.

وإن مات من عمله بعد الاستحصاد، فلا ضمان؛ لأن الصبى بعد الاستحصاد

عامل لنفسه، فإنه ليس عليه بعد الاستحصاد شيء من عمل المزارعة.

وإن كان البذر من جهة العبد أو الصبى فجميع الخارج يكون للصبى والعبد، ولا شيء لصاحب الأرض؛ لأنهما كانا مستأجرين للأرض ببعض الخارج، فيعتبر بما لو استأجرها بالدراهم أو الدنانير، وذلك لا يصح، فههنا كذلك.

وإذا لم تصح المزارعة كان الخارج للصبى والعبد، ولا أجر عليهما ولا ضمان النقصان، أما ضمان النقصان فلأن الزراعة حصلت بإذن المالك، وقوله: لا أجر عليهما أراد به فى حق العبد نفى الأجر فى الحال، أما بعد العتق يخاطب بالأجر، وأراد به فى حق الصبى نفى الأجر فى الحال وبعد البلوغ، فالعبد المحجور يؤاخذ بضمان الأقوال بعد العتق، ولا يؤاخذ به قبل العتق، والصبى المحجور لا يؤاخذ به.

وإن مات العبد أو الصبى فى عمل الأرض، فلا ضمان على صاحب الأرض؛ لأن صاحب الأرض غير مسعل لهما؛ لأنهما يعملان لأنفسهما؛ لأنهما كانا مستأجرين للأرض إذا كان البذر من جهتهما، والمستأجر عامل لنفسه، وكان هذا بمنزلة ما لو دفع إلى عبد أو صبى طعامًا ليأكله، فغص[1] به فمات، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يوجد منه استعمال، فإنه فى الأكل عامل لنفسه لا للدافع، كذا ههنا، وإن كان العبد المحجور أو الصبى المحجور زرع الأرض ببذره ولم يخرج شيئًا، فلا شيء لواحد منهما على صاحبه لا نقصان الأرض، ولا أجر مثل الأرض لا فى الحال، ولا فى ثانى الحال، ولا ضمان على رب الأرض فى شيء من البذر.

١٨٥٣٤- وإذا دفع الرجل الحر إلى العبد المحجور عليه أو إلى الصبى المحجور عليه نخلا له معاملة هذه السنة على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقحه، فما أخرج الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان، فعمل على هذا، فالخارج بين العامل وبين صاحب النخيل نصفان إذا سلم العبد أو الصبى من العمل استحسانًا، وإن ماتا من العمل فى النخيل إن كان العامل عبدًا، فجميع الثمر لصاحب النخيل، وعلى صاحب النخيل قيمة العبد لمولى العبد، وإن كان العامل صبيًا، فعلى عاقلة صاحب النخيل دية الصبى، والثمر بينه وبين ورثة الصبى نصفان.

---

(١) وفى م: "فنص".

١٨٥٣٥- ولو أن عبدًا محجورًا أو صبيّا محجورًا فى يده نخيل دفع إلى رجل معاملة بالنصف، فعمل العامل فالخارج كله لصاحب النخيل، ولا أجر للعامل إن كان الدافع صبيّا لا فى الحال، ولا فى ثانى الحال، وإن كان الدافع عبدًا لا يؤاخذ بأجر مثل العامل فى الحال، ويؤاخذ به بعد العتق.

١٨٥٣٦- وإذا دفع العبد المحجور أرضًا فى يده مما كان من تجارة، أو أرضًا أخذه من أرض مولاه إلى غيره مزارعة على أن يزرعها ببذره وبقره هذه السنة، فزرعها المزارع، فهذا على وجهين: إن لم توجب الزراعة نقصانًا فى الأرض، فالمزارعة جائزة استحسانًا، وكان الخارج بين مولى العبد والمزارع نصفين، وإن أوجب الزراعة نقصانًا فى الأرض فإن مولى العبد بالخيار إن شاء ضمن المزارع نقصان الأرض وإن شاء لم يضمنه، فإن ضمنه كان الخارج كله للمزارع، فإن عتق العبد بعد ذلك يومًا من الدهر رجع المزارع عليه بما أدّى من نقصان الأرض إلى مولاه؛ لأن العبد لما دفع الأرض مزارعة، فقد ضمن سلامة منفعة الأرض للمزارع من غير غرم يلزمه سوى ما شرط عليه من بعض الخارج، فإذا لزمه غرم آخر كان له الرجوع بذلك على العبد بعد العتق؛ لأن العبد المحجور يؤاخذ بضمان القول بعد العتق، واعتبر بما لو آجر العبد منه هذه الأرض بدراهم أو دنانير ليزرعها، فزرعها المستأجر وأوجبت الزراعة نقصانًا فى الأرض، وضمن المستأجر لمولاه نقصان الأرض إذا عتق العبد يومًا من الدهر، رجع المستأجر على العبد بما ضمن من نقصان الأرض، كذا ههنا.

ثم إذا أخذ المزارع من العبد ضمان النقصان بعد العتق كان للعبد أن يأخذ من الزرع نصف الخارج؛ لأنه لما ضمن نقصان الأرض للمزارع انجبر ما لحق المزارع من الضمان، فصار كأن المزارع لم يضمن نقصان الأرض أصلا، بأن لم تنتقص الأرض بسبب الزراعة، ولو لم يضمن المزارع نقصان الأرض، كان الخارج بينه وبين العبد نصفين لجواز أن المزارعة بينهما إلا أن العبد يأخذ من نصف الخارج الذى أخذ من المزارع مقدار ما غرم من النقصان للمزارع، فإن بقى شيء من نصف الخارج يودّى ذلك إلى مولاه؛ لأن حصة العبد من الخارج كسب الرق[1]؛ لأن عقد المزارعة إنما وجد فى العبد

---

(١) وفى الأصل وم: "بسبب الرق".

فى حالة الرق، والأصل أن العبد المحجور متى اكتسب كسبا وقد لحقه دين بسبب ذلك الكسب فإنه يقضى ذلك الدين من كسبه، فيأخذ العبد فى مسألتنا من نصف الخارج من ذلك مقدار ما أدّى من ضمان النقصان للمزارع من كسبه، ويكون ما فضل من كسبه لمولاه؛ لأنه كسب عبده قد فرغ من الدين.

١٨٥٣٧- هذا إذا اختار صاحب الأرض تضمين المزارع نقصان الأرض، فأما إذا لم يختر تضمين المزارع نقصان الأرض كان نصف الخارج للمزارع، ونصفه لمولى العبد، وإنما كان نصف الخارج لمولى العبد؛ لأن هذا العقد من العبد كان موقوفًا على إجازة المولى؛ لأنه تصرف فى مال المولى تصرفًا يتردد بين الضرر والنفع، فيقف على الإجازة كما لو باع ماله، فإذا ترك المولى تضمين النقصان، واختار أخذ نصف الخارج، فقد أجاز، فنفذ عليه بخلاف ما إذا اختار تضمين المزارع نقصان الأرض؛ لأن هناك لم يجز عقد العبد، وكان المزارع غاصبًا فكان جميع الخارج للغاصب.

فإن قيل: كيف تصح إجازة المولى بعد انقضاء مدة المزارعة وقد تلف منافع الأرض، ألا ترى أن من آجر دار غيره بدراهم مدة معلومة وأجاز صاحب الدار إجارته بعد انقضاء مدة الإجارة لا تعمل إجازته، كذا ههنا.

والجواب أن فى الإجارة إنما لم تعمل إجازة المولى بعد انقضاء المدة؛ لأن المقصود عليه وهو منافع الدار، فات ولم يخلف بدلا، فكانت فائتة من كل وجه، فلا يبقى العقد، فلاتعمل إجازة، فأما منافع الأرض وإن تلفت فى مدة الزراعة إلا أنها خلفت بدلا، فإن الخارج حادث من منفعة الأرض، فيجعل قيام الخارج، وقد حدث من منفعة الأرض كقيام المنفعة، وهذا كما قالوا: إن الغاصب يملك كسب المغصوب بالضمان؛ لأن الكسب حدث من المنفعة، فيكون قيام الكسب، وقد حدث من المنفعة كقيام المنفعة ولو كانت المنفعة قائمة أليس يملكها الغاصب؟ فكذا يملك ما قام مقام المنفعة.

هذا الذى ذكرنا إذا دفع العبد الأرض مزارعة بدون البذر، فأما إذا دفع الأرض مع البذر مزارعة بالنصف، فإن لم تنقص المزراعة الأرض فمولى العبد بالخيار إن شاء ضمّن المزارع البذر وكان جميع الخارج للمزارع، وإن شاء لم يضمنه البذر، وكان الخارج بينهما، وإن انتقص الأرض من الزراعة، فالمولى بالخيار إن شاء ضمن المزارع البذر

ونقصان الأرض، وإن شاء ترك تضمين البذر ونقصان الأرض، وأخذ نصف الخارج، فإن ضمن المزارع البذر ونقصان الأرض، رجع المزارع على العبد بذلك بعد ما عتق، وإذا رجع على العبد بذلك بعد ما عتق العبد، فالعبد يأخذ من المزارع نصف الخارج، وقد مر شيء من هذا فيما تقدم.

الفصل الرابع والعشرون
فى الاختلاف الواقع فى هذا الباب

١٨٥٣٨- يجب أن يُعلم بأن الاختــلاف الواقع بين المزارع وبين رب الأرض نوعـان : أحدهمـا : أن يختلفـا فى جواز المزارعة وفسـادها، ودعوى الجواز أن يدّعى أحدهما شرط النصف أو الثلث أو الربع، أو ما أشبـه ذلك، مما لا يوجب قطع الشركة فى الخـارج، ودعوى الفسـاد أن يدّعى شرطًا يوجب قطع الشركـة عسى، وذلك على وجوه : أحدها : أن يدّعى اشتراط أقفزة معلومة، والثانى : أن يدّعى اشتراط النصف وزيادة عشرة، والثالث : أن يدّعى اشتراط النصف إلا عشرة.

١٨٥٣٩- فـإن ادّعى أحـدهمـا اشـتـراط النصف أو الثلث أو الربع وادّعى الآخـر اشتراط أقفزة معلومة فهذا على وجهين : أحدهمـا أن يكون البذر من قبل المزارع، فإن كان هذه الاختلاف قبل الزراعة فالقول قول من يدّعى الفساد سواء كان المدّعى للفساد صاحب الأرض أو صاحب البـذر، أما إذا كان يدّعى الفسـاد صاحب البذر؛ لأن رب الأرض يدّعى الشركة فى الخارج متى حصل الخارج، ومدّعى الفساد ينكر، وأما إذا كان مدّعى الفساد صاحب الأرض فلأن صاحب البذر يدّعى على رب الأرض لزوم العقد، وتملك منافع الأرض، ومدّعى الفساد ينكر ذلك، ولا يتخالفان قبل الزراعة؛ لأنهما لم يتفقا على جواز العقد، بل ادّعى أحدهما مزارعة فاسدة، والآخر مزارعة جائزة، وفى مثل هذا لا يجب التحالف كما فى باب البيع إذا ادّعى أحـدهمـا الجـواز والآخر ادّعى الفساد.

فإن قيل : كان ينبغى أن يجعل القول قول من يدّعى الجواز، كما فى باب البيع لو ادّعى أحدهمـا بيعًـا جائزًا، والآخر بيعًـا فـاسدًا، وكمـا لو ادّعى أحد الزوجين فساد النكاح، وادّعى الآخر صحته.

فالجواب : هذا هكذا إذا اتفقا على نوع عقد كما فى باب البيع والنكاح، وأما إذا اختلفـا فى نوع عقد يجعل القول قول المنكر وإن كـان المنكر يدّعى فسـاد العقـد، كمـا

قالوا : فى عبد فى يدى رجل ادّعاه رجل أنه اشترى منه شراءً صحيحًا، وصاحب اليد يدّعى أنه آجره منه إجارة فاسدة، كان القول قول صاحب العبد وإن كان يدّعى عقدًا فاسدًا؛ لأنهما اختلفا فى نوع العقد، فيتعبر فيه الدعوى والإنكار، والمنكر صاحب العبد، فكان القول قوله.

١٨٥٤٠- إذا ثبت هذا فنقول : فى مسألتنا اختلفا فى نوع عقد ادّعى أحدهما المزارعة وادّعى الآخر الإجارة الفاسدة؛ لأن المزارعة إذا فسدت، كانت إجارة فاسدة حتى يجب للمزارع أجر المثل حصل الخارج أو لم يحصل، فيجب اعتبار الدعوى والإنكار، والمنكر من يّدعى الفساد على ما بيّنا.

١٨٥٤١- وإن أقاما البينة، فالبينة بينة من يدّعى الجواز؛ لأن بينته أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت أصل العقد وصفة الجواز، وبينة مدّعى الفساد تنفى صفة الجواز، وإن كان هذا الاختلاف بعد الزراعة، فالقول قول صاحب البذر، سواء كان يدّعى الجواز أو الفساد، وسواء أخرجت الأرض شيئًا أو لم تخرج.

أما إذا كان صاحب البذر يدّعى الفساد؛ فلأنه ينكر الشركة فى الخارج، وأما إذا كان يدعى الجواز فلأنه ينكر وجوب أجر المثل، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة من يدّعى الجواز.

الوجه الثانى : إذا كان البذر من قبل رب الأرض، وفى هذا الوجه رب الأرض ينزل منزلة المزارع فى الوجه الأول، فما عرفت من الأحكام فى جانب المزارع ثمه، فهو كذلك فى جانب رب الأرض فى هذا الوجه.

هذا الذى ذكرنا إذا ادّعى أحدهما شرط النصف وادّعى الآخر قفزانًا معلومة، وإن ادّعى أحدهما شرط النصف، وادّعى الآخر أنه شرط النصف وزيادة عشرة، فهذا على وجهين : الأول : أن يكون البذر من قبل رب الأرض، وفى هذا الوجه إن كان المدّعى لزيادة الأقفزة على النصف صاحب البذر وهو رب الأرض، فالقول قول المزارع الذى يدّعى النصف سواء وقع هذا الاختلاف قبل الزراعة أو بعد الزراعة؛ لأنهما اتفقا على عقد واحد؛ لأنهما اتفقا على شرط النصف، وإنه كافٍ لصحة المزارعة إلا أن صاحب البذر بدعواه أنه شرط له زيادة عشرة أقفزة ادّعى شرطًا زائدًا يوجب فساد

العقد، فلا يقبل قوله، فإن أقاما البينة، فالبينة بينة من يدّعى زيادة العشرة الأقفزة، وإن كان المدّعى لزيادة العشرة الأقفزة من لا بذر من جهته وهو المزارع إن اختلفا فيه قبل الزراعة، فالقول قول مدّعى الجواز وهو صاحب البذر، وإن اختلفا بعد الزراعة، فالقول قول من لا بذر من جهته وهو المزارع.

والوجه فى ذلك: أن دعوى الزيادة على النصف إذا كان ممن لا بذر من جهته، فهو يدّعى هذا الزيادة بدلا عن عمله أو عن أرضه؛ لأن من لا بذر من جهته بائع منافع أرضه أو عمله، فهذا بائع ادّعى زيادة فى بدل المعقود عليه، فإن كان المعود عليه مقبوضًا للمشترى، وقد هلك فى يده كان القول قول المشترى، وإن كان المعقود عليه قائمًا غير مقبوض للمشترى، كان القول قول البائع؛ لأن البائع ينكر وجوب تسليم المعقود عليه بما أحضر المشترى من البدل، أصل هذا بيع العين، فإن فى بيع العين إذا ادّعى أن البيع كان بألف ورطل من خمر، وأنكر المشترى الرطل إن كان المبيع مقبوضًا، فالقول قول المشترى؛ لأن البائع يدعى عليه زيادة، وهو ينكر، وإن كان المبيع غير مقبوض، فالقول قول البائع؛ لأن البائع ينكر وجوب تسليم المعقود عليه بما أحضر المشترى من البدل، إذا ثبت هذا، فنقول: متى اختلف بعد الزراعة، فمن لا بذر من جهته ادّعى زيادة فى بدل المعقود عليه إلا أن المعقود عليه مقبوض هنالك، فيكون القول قول المنكر للزيادة، وإذا كان الاختلاف قبل الزراعة، فمن لا بذر من جهته ادّعى زيادة بدل لعمله أو لمنفعة أرضه، وإنه قائم غير مسلم، فيكون القول قوله، وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة من يثبت زيادة العشرة الأقفزة.

١٨٥٤٢- هذا إذا كان البذر من قبل رب الأرض، وإن كان البذر من قبل المزارع، فإن المزارع فى هذا الوجه ينزل منزلة رب الأرض فى الوجه الأول، فما عرفت من الأحكام فى حق صاحب الأرض، فهو مثل ذلك فى حق المزارع، إذا كان البذر من قبل المزارع.

هذا إذا ادّعى أحدهما شرط النصف، وادّعى الآخر النصف وزيادة عشرة أقفزة، فأما إذا ادّعى أحدهما شرط النصف، وادّعى الآخر شرط النصف إلا عشرة أقفزة، فهذا على وجهين أيضًا: الأول: أن يكون البذر من قبل رب الأرض، وإنه على وجهين

أيضًا : أحدهما : أن يكون الاختلاف بعد الزراعة ، فإن أخرجت الأرض شيئاً والمدّعى يشترط النصف من لا بذر من جهته وهو المزارع ، فالقول قول رب الأرض ؛ لأن المزارع بدعوى شرط النصف يدّعى الشركة فى الخارج ورب الأرض ينكر ، ولا يدّعى على المزارع شيئًا ، فيكون القول قول رب الأرض ، فرق بين هذا وبينما إذا ادّعى صاحب الأرض ، وهو صاحب البذر شرط النصف وزيادة عشرة أقفزة ، والمزارع الذى لا بذر من جهته يدّعى صحة العقد ؛ لأن هناك اتفقا على ما يكفى لصحة المزارعة ، وهو شرط النصف ، فكان اتفاقًا منهما على المزارعة ، فالذى ادّعى شرط زيادة العشرة الأقفزة ادّعى شرطًا زائدًا يوجب فساد العقد بعد اتفاقهما على نوع العقد ، فلا يقبل[1] قوله ، أما ههنا لم يتفقا على ما يكفى لصحة العقد ؛ لأن أحدهما ادّعى النصف ، والآخر أقر له ببعض النصف ؛ لأنه استثنى العشرة عن النصف ، والمتكلم مع الاستثناء متكلم بما وراء المستثنى ، فيصير مقرّا ببعض النصف فى الحاصل ، وإنه لا يكفى لصحة المزارعة ، فلم يتفقا على نوع عقد ، بل اختلفا فيه أحدهما ادّعى مزارعة صحيحة والآخر ادّعى إجارة فاسدة ، وفى مثل هذا تعتبر الدعوى والإنكار ، والمنكر من يدّعى فساد العقد ، وإن أقاما جميعًا البينة ، فالبينة بينة المزارع .

فأما إذا لم تخرج الأرض شيئًا ، فالقول قول صاحب البذر وهو رب الأرض أيضًا ، وإن أقاما جميعًا البينة ، فالبينة صاحب البذر أيضًا .

١٨٥٤٣- هذا إذا اختلفا بعد الزراعة ، فأما إذا اختلفا قبل الزراعة ، فهذا على وجهين أيضًا : أما إذا كان مدّعى الصحة صاحب الأرض وهو صاحب البذر ، وفى هذا الوجه القول قول صاحب البذر ، وإن أقاما جميعًا البينة ، فالبينة بينته أيضًا ، وإن كان مدعى الصحة المزارع ، فالقول قول صاحب البذر ، والبينة بينة المزارع .

١٨٥٤٤- هذا الذى ذكرنا إذا اختلفا فى جواز العقد وفساده ، فأما اتفقا على جواز العقد ، واختلفا فى مقدار المشروط قال : صاحب البذر للآخر شرطت لك الثلث ، وقال الآخر : لا ، بل شرطت لى النصف ، فهذا على وجهين : الأول : أن يكون البذر من قبل رب الأرض ، وفى هذا الوجه إن وقع الاختلاف قبل الزراعة ، ولا بينة

---

(١) وفى الأصل : "فلا يعتبر".

لهما، ولا لأحدهما، فإنهما يتحالفان؛ لأنهما اختلفا في بدل عقد يقال، ويفسخ، والمعقود عليه قائم، فيتحالفان كما في البيع والإجارة، ويبدأ بيمين المزارع.

من مشايخنا من قال: هذا على قول أبي يوسف رحمه الله الأول، فأما على قول أبي يوسف الآخر: يبدأ بيمين رب الأرض؛ لأن رب الأرض مشترى منفعة المزارع، إذا كان البذر من جهته والمزارع بائع، وفي باب البيع يبدأ بيمين البائع في قول أبي يوسف رحمه الله الأول، وفي قوله الآخر: يبدأ بيمين المشتري، وهو قول محمد رحمه الله، فههنا كذلك.

ومنهم من قال: يبدأ بيمين المزارع على قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله؛ لأن المزارع أشبه بالمنكرين وصاحب الأرض أشبه بالمدعين، واليمين شرع في حق المنكر، فمن كان أشبه بالمنكرين كانت البداية بيمينه أولى بهذا الطريق، بدأنا بيمين المشتري في باب البيع على قوله الآخر: إن المشتري أشبه بالمنكرين.

بيان ما قلنا: إن المزارع في هذه الصورة لو ترك لا يترك، وذلك هو حد المنكر، وصاحب البذر إذا ترك يتركه وذلك هو حد المدّعي، فإذا تحالفا فسخ القاضي العقد بينهما إذا طلبا، أو طلب أحدهما الفسخ، فإن قامت لأحدهما بينة بعد ما حلفا إن كان القاضي قد فسخ العقد بينهما لا يلتفت إلى بينة، وإن لم يكن فسخ العقد بينهما قبلت بينته، وأيهما أقام بينة على دعواه يعني قبل التحالف قبلت بينته، وإن أقام البينة، فالبينة بينة المزارع.

١٨٥٤٥- هذا إذا اختلفا قبل الزراعة، وإن اختلفا بعد الزراعة إن قامت لأحدهما بينة قبلت بينته، وإن قامت لهما بينة قضى ببينة المزارع، وإن لم يكن لهما بينة لا يتحالفان، ويكون القول قول صاحب البذر مع يمينه؛ لأن المزارعة في معنى الإجارة، وفي الإجارة إذا اختلفا في مقدار الأجرة بعد استيفاء المنفعة لا يتحالفان.

١٨٥٤٦- هذا إذا كان البذر من جهة رب الأرض، وأما إذا كان البذر من جهة المزارع فالمزارع في هذه الصورة ينزل منزلة رب الأرض في الوجه الأول، فإن أقاما البينة، فالبينة بينة رب الأرض، وإن لم يكن لهما بينة، فإن كان الاختلاف بعد الزراعة لا يتحالفان، وإن كان الاختلاف قبل الزراعة يتحالفان، ويبدأ بيمين رب الأرض.

قالوا: ما ذكر فى الكتاب أنهما يتحالفان فى هذه المسألة محمول على ما إذا قال صاحب البذر: أنا لا أنقض المزارعة، فأما إذا قال: أنا أنقض المزارعة لا معنى للتحالف هنا كالبيع إذا كان لأحدهما فيه خيار شرط أو خيار رؤية، واختلفا فى مقدار الثمن إذا قال صاحب الخيار: أنا أنقض البيع، فإنهما لا يتحالفان، وإذا قال: لا أنقض البيع، فإنهما يتحلفان، كذا ههنا.

١٨٥٤٧ - هذا الذى ذكرنا إذا اتفقا على صاحب البذر، وإذا اختلفا فى صاحب البذر، وادّعى كل واحد منهما أن البذر من جهته، وكان ذلك بعد ما استحصد الزرع فالقول قول المزارع.

وكذلك إذا مات المزارع أو مات رب الأرض بعد ما استحصد الزرع ووقع الاختلاف بين الحىّ وورثة الميت فى مقدار المشروط، فإن اتفقا على صاحب البذر، فالقول قوله إن كان حيّا، والقول قول ورثته إن كان ميتًا.

وإن اختلفوا فى صاحب البذر، وادّعى كل واحد أن البذر من جهته، كان القول قول المزارع: إن كان حيّا، وقول ورثته: إن كان ميتًا؛ لأن البذر كان فى يد المزارع حين بذره فى الأرض، وبعد ما نبت كان فى يده أيضًا، والقول قول صاحب اليذر[1] فى جميع ما فى يده أنه له، فكذا فى بعضه، وكذلك إذا مات، أو وقع الاختلاف بين ورثتيهما، فهو على التفصيل الذى قلنا: فيما إذا كانا حيين أو كان أحدهما ميتًا.

وإن كانا حيين، وأقاما البينة على مقدار المشروط، فقد ذكرنا حكمه فيما إذا اتفقا على صاحب البذر.

وإن اختلفا فى البذر والمشروط، وأقاما البينة، فالبينة بينة رب الأرض؛ لأنه خارج، والمزارع صاحب البذر، وإن تفرّد رب الأرض بإقامة البينة أنه صاحب البذر، وإنه شرط لنفسه الثلثان قبلت بينته، وهذا الجواب ظاهر فى حق البذر؛ لأنه خارج فى البذر، والمزارع صاحب اليد مشكل فى حق مقدار المشروط؛ لأنه إذا ثبت بالبينة أن صاحب الأرض صاحب البذر كان القول قوله فى مقدار المشروط للمزارع، ولا معنى لقول البينة منه فيما كان القول قوله فيه.

---

(١) هكذا فى م، وكان فى غيرها: "صاحب البذر".

والوجه فى ذلك : أن بدون إقامة البينة على مقدار المشروط يكون القول قول رب الأرض مع اليمين، فهذه البينة تسقط اليمين عن نفسه، وهذه فائدة عظيمة، وإن تفرّد المزارع بإقامة البينة أنه صاحب البذر، وأنه شرط لنفسه الثلثان قبلت بينته، وكل جواب عرفته فى فصل البينة فيما إذا كانا حيين، فهو الجواب فيما إذا كانا ميتين أو أحدهما؛ لأن الوارث يقوم مقام الميت.

الفصل الخامس والعشرون
فى مزارعة الأرض بغير عقد

١٨٥٤٨- ذكر فى "فتاوى الفضلى": إذا انقضت مدة المزارعة، ثم زرعها المزارع كذلك عشر سنين، قال الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد رحمه الله: جواب الكتاب أن هذا لا يكون مزارعة، وجميع الخارج للمزارع، وعلى المزارع أن يدفع قدر بذره وأجر مثل عمله وثيرانه، ويتصدق بالفضل، قال: وهكذا كانوا يفتون ببخارى، قال: إلا أنى رأيت فى بعض الكتب أنه يجوز ويكون مزارعة؛ لأن هذا لا يكون أبعد مما لو قال: دفعت إليك هذه الأرض على ما كانت عام أول مع فلان، وذلك جائز، فهذه أولى.

وبعض مشايخنا قالوا: إن كانت الأرض معدة للزراعة، بأن كانت الأرض فى قرية اعتاد أهلها زراعة أراضى الغير، أو كان صاحب الأرض ممن لا يزرع بنفسه، ويدفع مزارعة عادة، فذلك على المزارعة، ولصاحب الأرض أن يطالب المزارع بحصة الدهقانية على ما هو متعارف أهل تلك القرية النصف أو الثلث، أو ما أشبه، وهكذ ذكر فى "فتاوى النسفى"، وهو نظير الدار المعدة للإجارة إن سكنها إنسان، فإنه يحمل على الإجارة، كذا ههنا، وإن لم تكن الأرض معدة للزراعة أصلا، أو كان عادة أهل تلك القرية مشتركة لا تكون ذلك مزارعة، ويكون الخارج كله للمزارع، وعليه نقصان الأرض إن انتقصت الأرض.

ورأيت فى بعض الفتاوى زمينها كه درد يهها است يا وقف يا ملك، وعادت اهل آن موضع آنست كه هر كرا بايد درين زمينها كشاورزى كند، وآن متوالى اوقاف دستورى نمى خواهد، واز مالك نى ومتولى، ومالكان ايشان را منع نمى كنند، وكارندگان بوقت ادراك غله حصه دهقانى بدهند، ومنع نمى كند اگر در چنين زمينها كسى كشاورزى كند نى آنكه از صاحبان زمين يا آن متولى بمزارعة گيرد اين كاشتن وى بروجه مزارعة باشد، اما اگر موضعى باشد كه هر آئينه بدستورى صاحبان كارند اگر بى كسى دستورى خداوند او را منع كند باخدا، وبدكاه خود گارد، وكاه بكديور ميدهد

چون كسى بدستورى خداوند كارد يابى دستورى متولى در وقف برمزراعه حمل كنيم ودر ملك نى .

وقال فى الأراضى المعدة للزراعة : إنما تحمل زراعته على وجه المزارعة إذا لم يعلم وقت المزارعة أنه زرعها على وجه الغصب، أو بتأويل آخر غير وجه المزارعة .

أما إذا علم أنه زرعها على وجه الغصب صريحًا أو دلالة بتأويل آخر ، بأن استأجر رجل من رجل أرضًا ، أو أخذ الأرض بغير الأجر ، وقد آجر بغير إذن رب الأرض ، ولم يجز رب الأرض الإجارة ، وقد زرعها المستأجر لا يكون هذا مزارعة ، والزرع للمستأجر ، وإن كانت الأرض معدة للزراعة ؛ لأنه زرعها بتأويل الإجارة ، ولو لم يعلم منه وقت الزراعة شيء من ذلك ، ثم ادّعى بعد ذلك إنى زرعتها غصبًا ، فالقول قوله ، وفى الدار المعدة للغلة إذا سكنها رجل ، ثم ادّعى أنه سكنها غصبًا لا يصدق ، ويجعل ذلك إجارة ؛ لأن الإجارة جائزة بلا اختلاف ، فيجب السعى فى إثباتها ، فأما المزارعة ففى جوازها اختلاف ، فلا يجب السعى فى إثباتها .

والمختار أن الأرض وإن كانت معدة للزراعة ، ولم يعلم وقت المزارعة أنه زرعها على وجه الغصب ، أو بتأويل آخر لا يجب على المستأجر حصته الدهقانية على ما هو جواب الكتاب ؛ لأن أكثر ما فيه أن كون الأرض معدة للزراعة يقام مقام عقد المزارعة إلا أن هذه مزارعة ليس فيها بيان المدة ، ومزارعة ليس فيها بيان المدة مزارعة فاسدة على رواية الكتاب ، فيكون الخارج كله للمزارع ، وعلى المزارع لرب الأرض أجر مثل الأرض ، وعلى ما اختاره بعض أئمة بلخ أن بيان المدة فى المزارعة ليس بشرط لصحة المزارعة تكون هذه مزارعة صحيحة ، وتقع على سنة واحدة ، ويجب على المزارع حصة الدهقانية -والله أعلم- .

الفصل السادس والعشرون
فى المتفرقات

١٨٥٤٩- وإذا كانت الأرض رهنًا فى يدى رجل، وأراد آخر أن يأخذها مزارعة ينبغى أن يأخذها مزارعة من الراهن بإذن المرتهن.

١٨٥٥٠- إذا دفع الرجل أرضه مزارعة سنة أو سنتين، والبذر من قبل رب الأرض، ثم أراد رب الأرض أن يخرج الأرض من يد المزارع، فقال للمزارع: ازرعها ببذرك، أو اتركها على، فقال المزارع: أعطِنى أجر مثل عملى، فقال رب الأرض يلى: أعطيك، فأراد رب الأرض أن يزرعها بنفسه، فلما علم المزارع ذلك ذهب وزرع الأرض، ثم أدرك الزرع، فإن كان رب الأرض أجاز صنعه ذلك كان الخارج بينهما؛ لأن قول رب الأرض للمزارع: ازرعها ببذرك، أو اتركها على دلالة الفسخ من جهته، وله ذلك؛ لأن البذر من جهته، وإجابة المزارع إياها بما أجاز دلالة الفسخ أيضًا، فانفسخ العقد فيما بينهما، فإذا زرعها المزارع بعد ذلك، فقد زرعها بغير عقد، فإذا أجاز المالك صنعه تلحقه الإجازة، ولكن بالشرط الذى تقدم ذكره، وكان هذا بمنزلة ابتداء مزارعة، والمسألة كانت واقعة الفتوى.

١٨٥٥١- إذا مات الآجر دفع المستأجر بذرًا إلى ورثة الآجر، وقال: ازرعوا فى هذه الأرض، فزرعوا فالخارج لمن يكون، فهذه المسألة كانت واقعة الفتوى، واتفقت الأجوبة أن الخارج يكون لورثة الآجر؛ لأن العقد الذى كان بين الآجر والمستأجر قد انفسخ بموت الآجر، وليس فى قول المستأجر لورثة الآجر: ازرعوا هذه الأرض ما يدل على اشتراط شىء من الخارج لنفسه من قوله: ازرعها لى، أو ليكون الخارج بيننا، فيكون هذا إقراضًا منه للبذر، فيكون جميع الخارج لورثة الآجر، وللمستأجر على ورثة الآجر مثل ذلك البذر.

١٨٥٥٢- مستأجر الكرم إجارة طويلة إذا كان اشترى الأشجار والزراجين كما هو أحد الطريقين، ثم دفع الأشجار والزراجين معاملة إلى آجر الكرم جازت المعاملة؛

لأن الأشجار صارت مملوكة للمستأجر بالشراء، وإنما دفع ملك نفسه معاملة إلى غير المالك فيجوز .

١٨٥٥٣- استأجر من أخر أرضًا سنة أو سنتين بأجرة معلومة، ثم دفعها إلى الآجر مزارعة إن كان البذر من جانب المستأجر يجوز، وإن كان البذر من جانب الآجر لا يجوز، هكذا ذكر الحاكم أحمد السمرقندى فى شروطه فى مسائل المزارعة، وفى "نوادر ابن رستم": أن هذا قول محمد رحمه الله أولا، وعلى قوله الآخر: لا يجوز دفع الأرض إلى الآجر مزارعة سواء كان البذر من قبل الآجر أو كان من قبل المستأجر، أما إذا كان البذر من قبل الآجر فلأنه يصير مستأجراً ملك نفسه .

وأما إذا كان البذر من قبل المستأجر فلأنه يصير مستأجر المالك ليعمل فى المستأجر ببعض الخارج، وإنما جوّز استئجار المالك للعمل فى المستأجر بالدراهم لا ببعض الخارج .

١٨٥٥٤- استأجر من رجل أرضًا، ثم دفعه إلى امرأة الآجر، أو إلى ابن الآجر مزارعة، وشرط البذر على المزارع، والابن فى عيال الأب، فزرعها الأب وهو الآجر فإن زرعها بطريق الإعانة للابن بأن كان أقرض البذر للابن، فالغلة بين الابن وبين المستأجر على الشرط، وإن زرعها لنفسه بأن لم يقرض البذر للابن، فالغلة كلها للآجر وهو المزارع؛ لأنه لا يمكن أن يجعل زراعة الآجر على وجه المزارعة؛ لأنه لا يصلح مزارعًا، فيكون زرعه لنفسه، فتكون الغلة له .

١٨٥٥٥- وإذا مات الرجل، وترك أولاداً صغاراً أو كباراً وامرأة، وأولاه الكبار من هذه المرأة ومن امرأة أخرى لهذا الميت، فعمل الأولاد الكبار عمل الحراثة وزرعوا فى أرض مشتركة، أو فى أرض الغير بطريق الكديورى كما هو المعتاد بين الناس، وهؤلاء الأولاد كلهم فى عيال المرأة تتعاهد أحوالهم وهم يزرعون، ويجمعون الغلات فى بيت واحد، وينفقون من ذلك جملة، فهذه الغلات تكون مشتركة بين المرأة والأولاد أو تكون خاصة للمزارعين، فهذه المسألة صارت واقعة الفتوى .

واتفقت الأجوبة أنهم إن زرعوا من بذر مشترك بينهم بإذن الباقين إن كانوا كباراً، وبإذن الوصى إن كانوا الباقون صغاراً كانت الغلات كلها على الشركة، وإن زرعوا من

بذر أنفسهم، كانت الغلات للمزارعين؛ لأن الغلات نماء ببذرهم، وإن زرعوا من بذر مشترك بغير إذنهم أو بغير إذن الوصى، فالغلات للمزارعين؛ لأنهم صاروا غصبة للبذر، ومن غصب بذرًا وزرع، كانت الغلة له، كذا ههنا.

١٨٥٥٦- إذا دفع أرضًا إلى رجل مزارعة بشرائطها، فزرع الرجل الأرض وأدركت الغلة، فجاء رجل إلى المزارع، وقال: إنى اشتريت هذه الأرض من فلان وفلان غير الذى دفع إليك الأرض، وكانت الأرض ملكه، فنصف الغلة لى، فأخذ منه نصف الغلة، ثم جاء الدافع، فإن صدّق المدّعى فيما قال، ولم يخاصم المزارع، فلا شيء له، وإن كذبه وخاصمه المزارع، فإن كان المدّعى أخذ النصف بطريق التغلب، فللدافع أن يشارك المزارع فى النصف الآخر؛ لأن ما هلك من المال المشترك يهلك على الشركة، وما بقى يبقى على الشركة، ثم يرجعان على المدّعى بما أخذ إن وجداه، وإن كان المزارع دفع النصف إليه باختياره كان للدافع أن يأخذ النصف الباقى من المزارع، ويجعل المزارع دافعًا نصيبه إلى المدّعى، والمسألة كانت واقعة الفتوى، واتفقت الأجوبة على نحو ما ذكرنا.

ولو ان المدّعى حين ما أخذ نصف الغلة، قال للمزارع: خذ هذه الأرض منى مزارعة، فأخذ هل تصح هذه المزارعة؟ إن كان البذر من قبل الدافع لا تصح؛ لأنه لو صح تنفسخ الأولى، وليس له ولاية فسخ الأولى، وإن كان البذر من قبل المزارع، فقد قيل: تصح المزارعة الثانية وتنفسخ الأولى، وقيل: لا تصح الثانية ولا تنفسخ الأولى.

١٨٥٥٧- وإذا دفع الرجل كرمه إلى رجل معاملة، فلم يعمل الرجل فى الكرم عملا، لايستحق شيئًا من ثمار الكرم؛ لأن الاستحقاق بالعمل ولم يوجد.

وكذلك إذا عمل عملا إلا أنه لم يحفظ الأشجار والثمار حتى ضاعت الثمار لا يستحق شيئًا؛ لأن الحفظ من جملة العمل أيضًا هذا فى حق العامل، فأما المزارع إذا لم يعمل فى المزارعة نحو التشديد يعنى جسارت كردن او السقى حتى انتقص الزرع، هل يستحق شيئًا من الخارج؟ فقيل: الجواب فيه على التفصيل: إن كان البذر من جهته يستحق؛ لأن هذا نماء ملكه، وهو مستأجر الأرض ببعض ما يخرج، فلا يحرم بترك العمل بخلاف العامل إذا لم يعمل فى الكرم حتى اجتنيت الثمرة أو فسدت حيث لا

يستحق شيئًا ؛ لأن ذلك لم يخرج من أصل مملوك له، وهو ليس بمستأجر للكرم، فأما إذا كان البذر من جهة رب الأرض ينبغي أن لا يستحق شيئًا ؛ لأن الخارج ليس نماء بذره، وهو ليس بمستأجر الأرض، بل هو مستأجر ببعض ما يخرج، فيصير بمنزلة العامل، ويجوز إضافة المزارعة والمعاملة إلى وقت فى المستقبل، ذكره شيخ الإسلام رحمه الله فى شرح كتاب المزارعة، وذكر هو أيضًا فى باب المعاملة يشترط فى المزارعة إذا قال الرجل لغيره : استأجرتك لتزرع أرضى، وتعمل فى نخلى بنصف الخارج منهما إن ذلك جائز .

١٨٥٥٨- وإذا دفع الرجل إلى رجل أرضًا ليغرسها النواة على أن يحول من موضعه إلى موضع آخر، والخارج بينهما، فهذا على وجهين : أحدهما : أن يعين موضع التحويل بأن يقول : على أن يحول فى هذه الأرض الآخر، أو قال : على أن يحول فى هذا الجانب الآخر من هذه الأرض، وفى هذا الوجه فسد العقد، سواء كان البذر من قبل المزارع أو من قبل رب الأرض، إن كان البذر من قبل المزارع، فلأنه استأجر الأرض ببعض ما تخرجه الأرض الأخرى، أو استأجر هذه الناحية من هذه الأرض على أن أجربه ما تخرجه الناحية الأخرى من هذه الأرض، وأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض فلأنه استأجر العامل ليعمل فى هذه الأرض ببعض ما تخرجه الأرض الأخرى، أو استأجره ليعمل فى هذه الناحية من هذه الأرض ببعض ما تخرجه الناحية الأخرى، وكل ذلك فاسد، وأما إذا لم يعين موضع التحويل فالقياس أن لايجوز العقد، وفى الاستحسان : يجوز، فعلى جواب الاستحسان : فرق بينما إذا عين موضع الحوالة، وبينما إذا لم يعين.

والفرق : وهو أن التحويل من موضع إلى موضع فى بعض الأغراس، وفى بعض الزرع متعامل ؛ لأن من الأغراس ما لا يتم، ولا يحسن بدون التحويل، ولكن هذا التعامل عند ترك تعيين موضع التحويل، فعند تعيين موضع التحويل يعمل فيه بالقياس .

وعلى هذا كل ما يحول، وفى بعض الفتاوى نحو شجرة الباذنجان وغيرها .

١٨٥٥٩- مزارع زرع ثومًا، فقلع بعضها، وبقى البعض غير مقلوع، فنبت بعد مضى مدة المعاملة بسقيه وإنباته، فما نبت مما بقى فى الأرض غير مقلوع، فهو بينه وبين رب الأرض على الشرط الذى كان بينهما ؛ لأن حكم المزارعة الأولى باقية، وما نبت مما

صار مقلوعًا، وبقى فى الأرض كذلك، فهو للمزارع الذى نبت بسقيه، وعليه ضمان ما استهلك؛ لأن المزارعة الأولى ارتفعت من كل وجه لما انفصل الزرع عن الأرض، والباقى حقهما، فهو بالسقى والإنبات استهلكه، وإن نبت من غير سقى ينبغى أن يكون بينهما على قدر حقهما فى البذر.

وإذا رفع المزارع الزرع من الأرض، وتناثر منها شىء، فنبت بسقيه زرع آخر وأدرك، فهو بينه وبين رب الأرض على قدر نصيبهما، ثم يتصدق الأكّار بنصيبه.

١٨٥٦٠- وفى "النوازل": يستحب للأكّار أن يتصدق بالفضل من نصيبه، وإن نبت بسقى رب الأرض فهو له، فإن كان لذلك قيمة، فعليه ضمان ذلك، وإلا فلا شىء عليه، وإن سقاه أجنبى كان متطوعًا، والزرع بين الزارع ورب الأرض على ما اشترطا.

١٨٥٦١- أرض بين اثنين زرع أحدهما بغير إذن صاحبه، وسقاها والزرع لم يدرك بعد كان لشريكه أن يقاسمه الأرض، فما وقع فى نصيب المزارع أقره، وما وقع فى نصيب الأخر قلعه، وضمنه ما دخل الأرض من النقصان بذلك، وإن كان الزرع قد أدرك أو قرب من الأدراك يغرم الزارع لشريكه نقصان نصف الأرض إذا كان دخل فيه النقصان؛ لأنه غاصب فى نصيب الشريك، وهذا حكم الغصب.

١٨٥٦٢- وفى "فتاوى الفضلى": نبت شجرة أو زرع فى أرض إنسان من غير أن يزرعه أحد، فهو لصاحب الأرض؛ لأنه متولد من أرضه، فكان جزء من أرضه، فيكون لصاحب الأرض.

١٨٥٦٣- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": شجرة فى أرض رجل نبت من عروقها فى أرض غيره، فإن كان صاحب الأرض هو الذى سقاه وأنبت، فهو له، وإن كان نبت بنفسه، فهو لصاحب الشجرة إن صدّقه رب الأرض أنه من عروق شجرته، وإن كذبه، فالقول قوله.

١٨٥٦٤- وفى "نوادر هشام": قال: سألت محمدًا رحمه الله عن شجرة فى دارى طلعت من عروقها أخرى فى دار جارى لمن يكون الذى طلع منها؟ قال لك: أن تقلعه؛ لأنها نبت من شجرتك.

١٨٥٦٥- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": نواة لرجل ذهب بها الريح إلى

كرم غيره، فنبت منها شجرة، فهى لصاحب الكرم؛ لأن النواة لا قيمة لها، وكذلك لو وقعت خوخة رجل فى كرم رجل، فنبت منها شجرة؛ لأن الشجرة نبت من النواة بعد ما ذهب لحم الخوخة، فصار هذا والأول سواه.

وفيه أيضًا: رجل له شجرة تعرقت فى ملك الغير، ونبتت العروق، فوهب صاحب الشجرة تلك التالات من صاحب الأرض، فإن كانت تلك التالات يبست، إذا قطعت الشجرة، لم تجز الهبة وإن كانت لا ييبست، فالهبة جائزة؛ لأن فى الوجه الأول وهب غصنًا من شجرة، وفى الفصل الثانى: وهب شجرًا له فى أرض الموهوب له.

١٨٥٦٦- العامل إذا غرس الأشجار فى كرم الدهقان فى مدة المعاملة، فانقضت مدة المعاملة، ينظر إن غرسها للدهقان متبرعًا، فهى للدهقان وإن أمره الدهقان بشراءها، وغرسها فى كرمه، فهى للدهقان، وعلى الدهقان للعامل مثل الدراهم التى اشترى بها الأشجار، وإن غرسها لنفسه بإذن الدهقان، فهى للأكّار، والدهقان يأمره بقلعها.

١٨٥٦٧- رجل استأجر أرضًا من أرض الجبل من رجل بدراهم، فزرعها فلم تمطر السماء عامه ذلك، ولم تنبت حتى مضت مدة الإجارة، ثم مطرت ونبت، فالزرع كله للمستأجر.

١٨٥٦٨- معلم يعلّم الصبيّان لأهل قرية، فاجتمع أهل القرية على أن يزرعوا للمعلم، وجاء كل منهم ببعض البذر من عند نفسه، وزرعوا أرضًا ليكون الخارج للمعلم، ثم حصدوه وداسوه، فجميع الخارج لأصحاب البذر؛ لأنهم ما سلموا البذر إلى المعلم، وما ملكوه منه، فبقى البذر على ملكهم، فإن ما بذروا ملك أنفسهم، فيكون الخارج لهم.

١٨٥٦٩- مزارع زرع أرضًا لرجل، فلما حصد الزرع قال رب الأرض: كنت أجيرى وزرعت ببذرى، وقال المزارع: كنت أكّارًا لك وقد زرعت ببذر من عندى، فالقول قول المزارع؛ لأنهما اتفقا على أن البذر كان فى يده حيث اتفقا أن الزارع هو.

١٨٥٧٠- ذكر فى "مجموع النوازل": أكّار طلب من الدهقان أن يعطيه الأرض مزارعة بالربع للدهقان، فقال الدهقان: إن زرعتها على أن يكون الثلث لى، فافعل وإلا

فلا ، فلما زرع وحصد اختلفا ، ذكر أن الثلث للدهقان ، والباقى للعامل ؛ لأنه شرط عليه ذلك ، وزراعته بناء على ذلك ، ويكتفى بهذا القدر فى المزارعة عرفًا ، وإن لم يتلفظا بكل شرائطها ، فإن الرجل إذا قال : لغيره : اعمل فى أرضك على المزارعة ، ورضى به الآخر ، كفاه ذلك للتعارف ، وهذا الجواب على خلاف جواب الكتاب .

١٨٥٧١ - وفيه أيضًا : زرع بين اثنين غاب أحدهما ، فحصده الآخر كان متبرعًا ، ولو قال له : استأجر عليّ ، فاستأجر ابنه إن كان بالغًا جاز ، ويجب الأجر ، ولو كان الابن صغيرًا لايجوز ، ولا يجب الأجر إذا كان البذر من جهة المزارع ، فسدت المزارعة حتى وجب التصدق عليه بشيء من الخارج لو كان هو فقيرًا أو كان له أولاد كبار فقراء ، فتصدق على نفسه ، أو على أولاده لا يجوز ، وهذا بخلاف الملتقط ، فإن الملتقط إذا كان فقيرًا ، فتصدق على نفسه ، أو على أولاده الكبار الفقراء حيث يجوز ، تم المزارعة من المحيط ، ويتلوه الشرب .

كتاب الشرب

هذا الكتاب يشتمل على ثمان فصول :

الفصل الأول : فى الأشياء التى أثبت رسول الله ﷺ الشركة فيها .

الفصل الثانى : فى إحياء الموات .

الفصل الثالث : فى حريم النهر والبئر والعين وفناء الدار .

الفصل الرابع : فى كرى الأنهار وإصلاحها بالنهر الأعظم .

الفصل الخامس : فى بيع الشرب وما يتصل به .

الفصل السادس : فيما يحدثه الإنسان ، وما يمنع عنه ، وما لا يمنع .

الفصل السابع : فى الدعاوى فى الشرب ، وما يتصل به ، وفى سماع البينة .

الفصل الثامن : فى المتفرقات .

الفصل الأول
فى الأشياء التى أثبت رسول الله ﷺ الشركة لجميع الناس
وهى ثلاثة: الماء، والكلأ، والنار

قال عليه الصلاة والسلام: «الناس شركاء فى الثلاث فى الماء والكلأ والنار»[١].

١٨٥٧٢- واعلم بأن الشركة فى الماء على أوجه، بعضها أعم من البعض، أما الأعم منها فهى الشركة فى ماء البحار، فإنه مشترك بين الناس فى كل شىء فى حق الشفة، وتفسيره الشرب لبنى آدم والدواب وسقى الأرض حتى إن من أراد منهم أن يكرى نهرًا منه إلى أرضه ليس لأحد أن يمنعه عن ذلك.

وشركة أخص منها، وهى الشركة فى ماء الأودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات، فإن الناس شركاء فى حق الشفة من هذه الأودية، فأما فى حق سقى الأراضى بأن أحيا رجل أرض موات، وأراد أن يكرى منها نهرًا ليسقيها إن كان لا يضر بالعامة، فله ذلك، وإن كان يضر بالعامة ليس له ذلك.

١٨٥٧٣- وشركة أخرى أخص منه، وهى الشركة فى الماء فى نهر خاص لأهل قريه، ففيه لغيرهم نوع شركة، وهو حق الشفة من حيث الشرب وسقى الدواب، وليس لهم أن يمنعوا أحدًا من ذلك، ولكن إن أراد رجل من غير أهل هذه القرية أن يسقى من ذلك النهر نخيله وزرعه كان لهم أن يمنعوه من ذلك.

١٨٥٧٤- وإن كان الشفة من هذه الصورة تأتى على الماء كله، هل لصاحب الماء أن يمنعه عن الشفة؟ ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده أن على قول أبى حنيفة رحمه الله ليس له ذلك.

وذكر شمس الأئمة السرخسى: أن فى هذا الفصل اختلاف المشايخ، قال: وأكثر

---

(١) أخرجه الحارثى فى "مسنده" ١/٥٠٨ حديث (٤٤٩) ٢/٦٥٣ حديث (٦٣١) وابن عبد البر فى "جامع العلوم والحكم ١/٣٠٨، وأحمد فى "مسنده" ٥/ ٣٦٤ حديث (٢٣١٣٢).

المشـايخ على أن لصـاحب الماء ولاية المنع، وكـذلك الماء الذى فى بئر رجل أو حـوض رجل، فلغيره فيه نوع شركة من حيث الشفة وسقى دوابه حتى إذا أخذ الإنسان من حوض غيره أو بئره ماء للشرب فليس لصاحب النهر والبئر أن يسترده منه، وإن كان الشفة تأتى على كل الماء، فهو على ما ذكرنا فى النهر الخاص.

ولو أخذ إنسان ماء بئر إنسان أو ماء حوضه وييسه، فلا شىء على الآخذ، وإذا أتى إلى باب كرم رجل ليأخذ الماء من حوضه للشرب فلصاحب الكرم أن يمنعه من الدخول فى كرمه؛ لأن الكرم ملك خاص له، فبعد ذلك ينظر إن كان ثمة ماء قريب من ذلك الموضع فى غير ملك أحد يشير إليه إلى ذلك الموضع ليذهب ويأخذ الماء، وإن لم يكن له ثمة ماء قريب من ذلك الموضع، فإما أن يخرج صاحب الكرم الماء إليه، وإما أن يأذن له بالدخول فى كرمه ليأخذ حاجته، وحكم الدار نظير حكم الكرم[1].

وقيل: إذا كان لا يجد ماء قريبًا من ذلك الموضع، فله أن يدخل كرمه وداره من غير إذن، وأما إذا أحرز الماء فى جب أو قربة أو جرة فهو مملوك له، وليس لأحد أن يأخذ منه إلا برضاه، ولكن فيه شبهة الشركة من وجه حتى لا يجب القطع بسرقته.

ولو صب رجل ماء رجل فى الجب على الأرض يقال له: املأ الجب كما كان.

وذكر فى كراهية "فتاوى أهل سمرقند": رجل وضع طستا على سطح، واجتمع فيه ماء المطر، فجاء رجل ورفع ذلك، وتنازعا فيه ينظر إن وضع صاحب الطست الطست لذلك، فهو له؛ لأنه أحرزه، وإن لم يضع لذلك، فهو للرافع؛ لأنه مباح غير محرز.

ولو أراد رجل أجنبى أن يأخذ من النهر الخاص، أو من حوض رجل، أو من بئر رجل ماء بالجرة للوضوء أو لغسل الثياب، هل له ذلك؟ ذكر الطحاوى: أن له ذلك، وعليه أكثر المشايخ.

ولو اتخذ رجل شجرة أو خضرة فى داره، وأراد أن يأخذ الماء بالجرة من هذا الموضع ليسقى ذلك الموضع هل له ذلك؟ ذكر شمس الأئمة السرخسى: أن الصحيح أن له ذلك، وذكر شيخ الإسلام أن فى النهر الخاص ليس له ذلك، وفى البئر والعين له ذلك

---

(١) وفى ظ: "الأرض" مكان: "الكرم".

إلا أن يضرّ بصاحب البئر والعين، بأن يأخذه متتابعًا؛ لأن ماء النهر الخاص دخل فى القسمة، والقسمة تقطع الشركة فى الشرب إن كانت لا تقطع الشركة فى الشفة، وهذا يريد أن يأخذ الماء للشرب، وصار كماء الأنهار الصغار، فأما البئر والعين فماءهما لم يدخل تحت القسمة، فصار كماء الأودية العظام التى لم تدخل تحت القسمة، وهناك لكل واحد أن يسقى أرضًا أحياها من ذلك الماء إلا أن يضر بالعامة، كذا ههنا، وإن منع صاحب الماء الماء عن المحتاج، فإن كان الماء للناس فيه حق الشفة نحو الماء فى البئر وأشباهها كان للمحتاج أن يقاتل صاحب الماء بالسلاح، وإن كان ماء ليس لأحد فيه حق الشفة نحو الماء المحرز فى الإناء من الأوانى، فليس للمحتاج أن يقاتله بالسلاح، ولكن يقاتله بما دون السلاح وحكم الطعام على هذا، وإن منع صاحب البئر الدلو من المحتاج إن كان الدلو لصاحب البئر قاتله بما دون السلاح، وإن كان الدلو للمحتاج، أو كان للعامة قاتله بالسلاح، هذا هو الكلام فى الماء.

١٨٥٧٥- وأما الكلام فى الكلأ فالشركة فيه على أوجه أيضًا: بعضها أعم من بعض، وهى ما نبت فى أرض لا يكون مملوكًا لأحد من غير إنبات أحد، فلكل واحد من آحاد الناس ولاية الاحتشاش والرعى فيه، وشركة أخص من هذا، وهو أن يكون الكلأ فى أرض مملوكة لإنسان، نبت لا بإنبات صاحب الأرض، ويكون للناس فيه حق الأخذ حتى لو أخذه الإنسان لا يكون لصاحب الأرض أن يستردّه منه، ولكن لصاحب الأرض حق المنع عن الدخول فى أرضه.

١٨٥٧٦- وإذا أتى إنسان محتاج أرضه ليدخله ويأخذ الكلأ، فالحكم كالحكم فيما إذا أتى باب كرمه على نحو ما بينّا، وأما إذا نبت الكلأ بإنبات صاحب الأرض، فإنه يكون مملوكًا له، وينقطع حق غيره حتى لو أخذ إنسان كان لصاحب الأرض أن يسترده منه، ولكن بقى فيه شبهة الشركة حتى لا يجب القطع بسرقته، والجواب الذى ذكرنا فيما لم ينبته صاحب الأرض فى الحشيش لا فى الأشجار، فصاحب الأرض أحق بالأشجار التى تنبت فى أرضه لا بإنباته، وتفسير الحشيش: ما نبت على وجه الأرض مما ليس له ساق، والشجر ما نبت على ساق، فعلى هذا السوسن من جملة الشجر؛ لأن له ساقًا، وبعض مشايخنا قالوا: الشوكة الأخضر وهو الشوك اللين الذى تأكله الإبل كلأ، والشوك الأحمر لا.

وكان الفقيه أبو جعفر يقول: الشوك الأخضر من جملة الشجر، وعن محمد في "النوادر" روايتان: في رواية: جعله من جمله الشجر، وفي رواية: من الكلأ، قالوا: وليس في المسألة اختلاف الروايتين، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، ما قال في بعض الروايات: إنه بمنزلة الكلأ أراد به ما ينبسط على وجه الأرض، ومن جملة هذا الشوك ما ينبسط على وجه الأرض، وما قال في بعض الروايات: إنه بمنزلة الشجر أراد به ما يقوم على الساق، ومن جملة هذا الشوك ما يقوم على الساق.

١٨٥٧٧- وروى داود بن رشيد عن محمد رحمه الله: أنه قال: ما أنبته الناس، فليس بكلأ وإن لم يكن شجرًا، وما لم ينبته الناس، فهو كلأ وإن كان شجرًا.

١٨٥٧٨- وفي "المنتقى" قال أبو يوسف: إذا كان الحطب في الدوح، وهي ملك لرجل، فليس لأحد أن يحتطبها إلا بإذنه، وإن كان في غير ملكه، فلا بأس بأن يحتطب، وإن كان ينسب إلى قرية وأهلها.

١٨٥٧٩- وأما الشركة في النار فمن حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب والعمل بضوءها.

١٨٥٨٠- وأما إذا أراد أحد أن يأخذ من ذلك الجمر، فإن كان ذلك شيئًا له قيمة إذا جعله صاحبه فحمًا كان له أن يسترده منه، وإن كان ذلك شيئًا يسيرًا لا قيمة له فليس لصاحبه أن يسترده منه، وله أن يأخذ من غير إذن صاحبه.

١٨٥٨١- وذكر في موضع آخر: إن كانت النار بحال لو خمدت تصير فحمًا ليس له أن يقتبس منها؛ لأن لها قيمة لامحالة، وإن كان بحال لو خمدت تصير رمادًا، فله أن يقتبس منها، وقيل: إن كانت النار من حطب مباح، بأن أوقد الشجر القائم، كما يكون في الفيافي من غير أن يحرزه أولا كان له أن يقتبس منه، وإن كان بحال لو خمدت تصير فحمًا، وأما إذا أحرزه أولا حتى صار ملكًا له، فهو على التفصيل الذي قلنا.

قال محمد رحمه الله في "الأصل": قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا كان للرجل نهر أو عين أو بئر أو قناة، فليس له أن يمنع ابن السبيل أن يسقي منها، وأن يشرب، وأن يسقي دابته، وهذا لأن الماء على الشركة بقضية الأصل، وبالقسمة تنقطع الشركة في حق الشرب، أما لا تنقطع الشركة في حق الشفة، وإنما تنقطع الشركة في حق الشفة بالإحراز

بما وضع لإحرازه وهو الأوانى والحباب، أما بدون ذلك لا تنقطع الشركة فى حق الشفة لنوع ضرورة، وهو أن الإنسان محتاج إلى السفر للحج والجهاد والتجارة، ولا يمكنه حمل الماءمع نفسه قدر ما يحتاج إليه لنفسه ودوابه، فلو لم يثبت له حق الشفة من كل ما يرد تنقطع الأسفار، وإذا كان مقيمًا لم يثبت له حق الشفة من كل ما يرد يضيق عليه العيش، فلهذه الضروره بقى حق الشفة قبل الإحراز بما وضع لإحرازه.

فإن قيل: إن بقى الماء على الشركة فى حق الشفة، لكن النهر والبئر ملك صاحبه على الخلوص، فينبغى أن يكون له حق المنع عن الدخول فى ملكه، ألا ترى أن الكلأ إذا نبت فى أرض مملوكة لإنسان كان لصاحب الأرض أن يمنع غيره عن الدخول فى أرضه لأخذ الكلأ، وإن بقى الكلأ على الشركة.

فالجواب: اتفق المتقدمون من مشايخنا رحمهم الله أن المسألة غير مجراة على إطلاقها، واختلفوا فيما بينهم، وكان الطحاوى يقول: إن كان المريد للشفة يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء يؤمر، بأن يذهب إلى ذلك الماء، وكان لصاحب الماء أن يمنعه عن الدخول فى ملكه، وإن لم يجد ماء آخر يقال لصاحب النهر: إما أن تعطيه الماء لشفته، وأما أن تتركه حتى يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر حافتى النهر كما فى الكلأ، فعلى ما قال الطحاوى: ما ذكر محمد رحمه الله فى الكتاب أنه ليس لصاحب النهر أن يمنعه محمول على ما إذا لم يجد ماء آخر ولم يعطِه صاحبه بنفسه، ومن المشايخ من يقول: ما ذكر محمد رحمه الله فى الكتاب أنه ليس لصاحب النهر والبئر أن يمنعه محمول على ما إذا كان الحفر فى أرض الموات، فالحفر إذا فى أرض الموات فليس لصاحب النهر والبئر أن يمنعه من أن يسقى، ويسقى دوابه إذا كان لا ينكسر بسبب ورود دوابه مسناة النهر ولا يخرب شيئًا منها، فأما إذا كان الحفر فى أرض مملوكة فالجواب على ما قال الطحاوى، وهذا لأن الأرض الموات كانت مشتركة بين الناس كافة، والذى أحياها بسبب الحفر، فإنما أحياها لتحصيل ما هو مشترك لا لتحصيل ما يخص المحى، فلم تنقطع الشركة فى حق الدخول لأجل الشفة، ويجوز أن تكون رقبة الشىء لإنسان، ولآخر فيها حق، وهذا المعنى لا يتأتى فيما إذا كان الحفر فى ملكه، فإن كان لا ينكسر مسناة النهر أو يخرب شيئًا منها بسبب ورود الدواب، يقال للذى يريد الشفة: خذ الماء بالغرب واسقِ دوابك؛ لأن له حق الدخول لا غير -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

الفصل الثانى
فى إحياء الأرض الموات وتفسيرها وتملكها

١٨٥٨٢- قال محمد رحمه الله فى كتاب الشرب : كل أرض لا يملكها أحد، وقد انقطع عنها الماء، وارتفاق أهل المصر والقرية كان مواتًا، وإن كانت قريبة من العمرانات، وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه شرط مع ذلك أن يكون بعيدًا من العمرانات، والفاصل بين البعيد والقريب مروى عن أبى يوسف رحمه الله، قال : يقوم رجل جهورى الصوت من أقصى العمرانات على مكان عالٍ، وينادى بأعلى صوته، قال : الموضع الذى يسمع فيه صوته يكون قريبًا، وأى الموضع الذى لا يسمع فيه صوته يكون بعيدًا.

وفى البقالى : الموات ما لا يقرب من العامر، ويفضل عن حاجة أهله للمحتطب والمرعى بكل بلد على ما ذكره الطحاوى.

وعن أبى يوسف رحمه الله : قدر غلوة، وقد جعل ما حرز عنه الماء من الفرات مواتًا وهو فى العمران، قال : والأرض المملوكة إذا انقرض أهلها، فهى كاللقطة، وقيل : كالموات.

والإحياء أن يكربها ويسقيها، وإن كربها ولم يسقها أو يسقيها ولم يكربها، فليس بإحياء، وكذا إذا حفر أنهارها ولم يسقِها، فليس بإحياء، فإن سقاها مع ذلك، فهو إحياء، وإذا حوّطها، أو سنمها بحيث يعصم الماء، فهو إحياء، وإن بذرها فهو إحياء، فهذا الذى ذكرنا من تفسير الإحياء، روى عن محمد رحمه الله رواه ابن رستم عنه.

وعن أبى يوسف رحمه الله : الإحياء البناء أو الغرس أو الكراب أو السقى، وعن محمد رحمه الله أيضًا : أن الكراب إحياء.

وذكر شمس الأئمة السرخسى : أن الإحياء أن يجعلها صالحة للزراعة بأن كربها،

أو ضرب عليه المسناة، أو حفر لها نهرًا، أو من حجر على أرض بحجارة تشبه المنارة، فقد أحياها.

١٨٥٨٣- وفي "المنتقى" قال: والتحجير ليس بإحياء، وصورة التحجير أن يمر الرجل بموضع من الموات، ويقصد إحياء ذلك الموضع، ولم يمكنه الإحياء للحال لانعدام آلات الإحياء للحال، فيعلم هناك بعلامة، فيضع حول ذلك الموضع أحجارًا، أو يحصد ما فيها من الحشيش والشوك، ويجعل حولها، أو يغرس حولها أغصانًا يابسة، وكذلك إذا نقى الأرض من الحشيش، أو أحرق ما فيما من الشوك، فهذا تحجير، وليس بإحياء.

وقد صح عن عمر رضي الله عنه: أنه قال: من أحيا أرضًا ميتة فهي له، وليس للمتحجر بعد ثلاث سنين حق، وأراد بالمتحجر ما قلنا، وقوله: وليس للمتحجر بعد ثلاث سنين حق مفهومه يقتضي أن يكون له حق قبل الثلاث، وبه أخذ بعض مشايخنا، فقالوا: التحجير يفيد ملكًا موقتًا إلى ثلاث سنين للمتحجر حتى إن إنسانًا لو أحيا هذه الأرض قبل ثلاث سنين لا تصير ملكًا لهذا المحيي؛ لأنه صار ملكًا للمتحجر، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إن التحجير لا يفيد الملك للمتحجر حتى قالوا: لو جاء إنسان وأحيا هذه الأرض قبل ثلاث سنين تصير ملكًا لهذا المحيي.

١٨٥٨٤- ومن أحيا أرضًا ميتة، فهي له أحياها بإذن الإمام أو بغير إذنه عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يكون له إلا إذا أحياها بإذن الإمام هما احتجا بظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له»[1]، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: الحديث محمول على ما إذا كان الإحياء بإذن الإمام، عرف ذلك بقوله عليه السلام: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»[2]، أما في "المنتقى"

---

(١) أخرجه البيهقي في "الكبرى" ٨/ ١١٣ حديث (١١٣١٩) ٦/ ٩١، ١٤١، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٨، والدارقطني في "سننه" ٣/ ٣٥ حديث (١٤٤) وأبو داود في "سننه" ٣/ ١٧٨ حديث (٣٠٧٣) باب في إحياء الأموات، والشافعي في "مسنده" ١/ ٢٢٤، ومالك في "الموطأ" ٢/ ٧٤٣ حديث (١٤٢٤) باب القضاء في عمارة الأموات، والنسائي في "الكبرى" ٣/ ٤٠٤ حديث (٥٧٥٦)، وأحمد في "مسنده" ٣/ ٣٠٤ حديث (١٤٣١٠)، والطحاوي في "معاني الآثار" ٣/ ٢٧٠.

(٢) أخرجه الطبراني في "الكبير" ٤/ ٢٠ حديث (٣٥٣٣) وفي "الأوسط" ٧/ ٢٣ حديث (٦٧٣٩)،

إبراهيم ابن رستم عن محمد رحمه الله : رجل أحيا أرضًا مواتًا، ثم جاء آخر، وأحيا إلى جنبها أرضًا أخرى، والأول ساكت حتى أحيا جوانبها الأربع، كيف يكون الطريق إلى الأرض؟ قال : ترك من أرض الرابع طريق أرضه؛ لأنه حين سكت عن الأول والثانى والثالث صار الباقى طريقًا له، فإذا أحياها الرابع، فقد أحيا طريقه من حيث المعنى، فيكون له فيه طريق.

١٨٥٨٥- وإذا أحيا أرضًا ميتة بإذن الإمام، فلم يرَها صالحة للزراعة وتركها، فجاء آخر وزرعها، هل تكون للأول نزرعها منه؟ اختلف المشايخ فيه، كان الفقيه أبو القاسم أحمد ابن حمزة بن عصمة الصفار البلخى يقول : ليس له ذلك، وكان يقول : الأول أحق بها ما دام يشغلها، وأما إذا تركها، وأعرض عنها بطل حقه، وكان الثانى أحق بها، وغيره من المشايخ كانوا يقولون : للأول أن ينزعها من يد الثانى، وحاصل الخلاف راجع إلى أن المحى بالإحياء يملك رقبة الأرض أو منفعتها؟ كان الفقيه أبو القاسم يقول : لا يملك وإنما يملك منفعتها والاستعمال[1] بها، وعامة المشايخ يقولون : يملك رقبتها.

١٨٥٨٦- فى البقالى : إذا حفر بئرًا فى موات فكان بينه وبين الماء قدر ذراع، فحفره آخر، فهو للأول حتى يعلم أنه تركها وقدره بشهر، وإذا حفر قدر ذراع، ولم يبلغ الماء لم يكن إحياء، وكان تحجيرًا.

قال ثمةَ : وإذا كان نهر مثل دجلة عليه محتطب ومرعاة، فهو لمن أحياه إلا أن يكون فناء قرية، فيسد بناه فناءهم فيمنع.

قال ثمة أيضًا : وللوالى أن يقطع من طريق الجادة إن لم يضر ذلك بالمسلمين، ليس ذلك إلا للخليفة ولمن والاه.

١٨٥٨٧- وعن أبى يوسف رحمه الله : إذا حجر مواتًا، فبنى فيها أو زرع، فله موضع ذلك إلا أن يكون الزرع أكثر من النصف، له ما بقى، وقيل : إذا حفر بئرًا فى

والهيثمى فى "مجمع الزوائد" ٥/ ٣٣١، وعزاه إلى الطبرانى فى "الكبير" و"الأوسط"، وفيه عمرو ابن واقد وهو متروك، وكلهم بلفظ : "إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه".

(١) وفى ظ : "الاشتغال بها".

أسفل جبل ملكه إلى أعلاه .

١٨٥٨٨- وعن محمد رحمه الله : فى القصور العادية إذا أخربت قبل الإسلام، جاز أخذ ترابها ليلقيها فى أرضه، وكذا روى هشام : أنه بمنزلة الموات، وإن كانت خربت فى الإسلام، ولها أرباب لا يعرفون فلا، وهى كدُورهم .

الفصل الثالث
فى حريم النهر والبئر والعين والقناة والدار

١٨٥٨٩ - قال شيخ الإسلام: الأشياء التى لها حريم بالإجماع خمسة: أحدها: بئر العطن، وحريمه مقّدر بأربعين ذراعًا، وبئر العطن البئر التى يسقى منها الماء باليد حتى إن من حفر بئرًا فى أرض موات، فإنه يستحق الحريم بالقدر الذى ذكرنا حتى لو جاء إنسان، وأراد أن يحفر بجنب بئره بئرًا آخر، أو بنى بها، أو زرع زرعًا، فله أن يمنع إلى المقدار الذى ذكرنا.

والأصل فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «من حفر بئرًا، فله مما حولها أربعون ذراعًا عطنًا لما شئته»[١]، والمراد منه الحفر فى الأرض الموات بالإجماع، والقياس أن لايستحق الحريم؛ لأن سبب الاستحقاق الإحياء والعمل فى الموات، والإحياء والعمل ما وجب إلا فى قدر الحفر، لكن تركنا القياس بالأثر الذى روينا، ونوع ضرورة أن حاجة صاحب البئر لاتندفع إلا بالحريم.

١٨٥٩٠ - ثم اختلف المشايخ بعد هذا أنه يستحق الأربعين من الجوانب الأربع من كل جانب عشرة، أو يستحق الأربعين من كل جانب، والأصح أنه يستحق ذلك من كل جانب.

ومن المشايخ من قال: بأن التقدير بالأربعين فى ديارهم؛ لأن ديارهم صلبة، أما ديارنا رخوة، فمتى حفر بئرًا آخر بجنب بئره على رأس الأربعين يقل ماء البئر الأول، أو يتحول إلى البئر الثانية لرخاوة الأرض، فيتعطل منفعة البئر الأولى، فيزاد على الأربعين بمقدار الحاجة.

---

(١) أخر الجملة منه الإمام البخارى فى "صحيحه" ٢/ ٨٣٠ تعليقًا، والحديث أخرجه ابن ماجه فى "سننه" ٢/ ٨٣١ حديث (٢٤٨٦)، وعبد الرزاق فى "مصنفه" ٨/ ٢٩٣ حديث (١٥٢٦٦) وفى ١٠/ ٧٢ حديث (١٨٤٠٠)، والحديث روى بطريقين: الطريق الأول: وهو طريق ابن ماجه ضعفه ابن الجوزى لأن فيه عبد الوهاب بن عطاء، قال الرازى: كان يكذب، وقال العقيلى والنسائى: متروك الحديث.

الثاني: بئر الناضح، وهي البئر التي يسقى منها الماء بالبعير، وحريمه مقدّر بأربعين ذراعًا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: بستين ذراعًا.

قال محمد رحمه الله في "النوادر": حريم بئر الناضح ستون ذراعًا إلا أن يكون الحبل سبعون ذراعًا، فحينئذٍ له الحريم بقدر الحبل سبعون ذراعًا.

والثالث: العين، فإن من استخرج عينًا في أرض موات بإذن الإمام عند الكل أو بغير إذن الإمام عندهما يستحق حريمها خمس مائة أذرع، ثم يعتبر الخمس مائة من الجوانب الأربع عند بعض المشايخ، وعن كل جانب عند البعض.

والرابع: القناة، فإن من أخرج قناة في أرض موات استحق الحريم بالإجماع، ثم بأي قدر يستحق؟ قال محمد رحمه الله في الكتاب: القناة بمنزلة البئر، فلها من الحريم ما للبئر، ذكر هذا القدر ولم يزد عليه إلا أن مشايخنا رحمهم الله زادوا على هذا، فقالوا: القناة في الموضع الذي يظهر الماء منه على وجه الأرض بمنزلة العين الفوارة، فيكون لها من الحريم حينئذٍ مثل ما للعين خمس مائة أذرع بالإجماع، أما في الموضع الذي لا يقع الماء على الأرض القناة بمنزلة النهر إلا أنه يجري تحت الأرض، وفي حريم النهر خلاف على ما مر.

والخامس: من غرس شجرة بإذن الإمام عند الكل أو بغير إذن الإمام عندهما، هل يستحق لها حريمًا حتى لو جاء الآخر وأراد أن يغرس بجنب شجرته شجرًا، هل له أن يمنعه عن ذلك؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الكتاب، ومشايخنا قالو: يستحق بمقدار خمسة أذرع، به وردت السنة.

١٨٥٩١- قال شمس الأئمة السرخسي في شرحه في فصل البئر: استحقاق الحريم في الموات من الأرض مما لا حق لأحد فيه، فأما ما هو حق الغير فلا، حتى لو حفر إنسان بئرًا فجاء آخر وحفر على منتهى حد حريمه بئرًا فإنه لا يستحق الحريم من الجانب الذي هو حريم البئر الأول؛ لأن في ذلك الجانب الأول قد سبق إليه، وثبت استحقاقه كما قال عليه الصلاة والسلام: «مني مناخ من سبق»[1]، فلا يكون لأحد أن يبطل حقه،

---

(١) أخرجه البيهقي في "الكبرى" ١٠/ ١٣٩ حديث (٢٠٢٧١)، وابن خزيمة في "صحيحه" ٤/ ٢٨٤ حديث (٢٨٩١) والحاكم في "المستدرك" ١/ ٦٣٨ حديث (١٧١٤) والترمذي في "سننه"

أو يشاركه فيه.

قال في الفصل: لو اصطلح رجلان على أن يخرجا نفقة يحفران بها بئرًا في أرض موات على أن يكون البئر لأحدهما، والحريم لآخر لا يجوز؛ لأن هذاالاصطلاح على غير ما يقتضيه الحكم، وإن اشتركا على أن يكون الحريم، والبئر بينهما نصفان على أن يخرج أحدهما أكثر مما يخرج الآخر لم يجز، وللذى أنفق أكثر من صاحبه أن يرجع على صاحبه بنصف الزيادة على نفقة صاحبه.

١٨٥٩٢- ومن حفر نهرًا في أرض الموات، فلا حريم له عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان النهر محتاجًا إلى الحريم لإلقاء الطين عليه والمشى لإصلاحه، وعندهما له الحريم، فأبو حنيفة رحمه الله فرّق بين النهر وبين البئر، والوجه في ذلك أن استحقاق الحريم في البئر بخلاف القياس بالأثر لمعنى معقول، وهو حاجة صاحب البئر إليه، وحاجة صاحب البئر إلى الحريم أكثر من حاجة صاحب النهر إلى الحريم؛ لأن المقصود هو الماء، ولا يمكن لصاحب البئر الانتفاع بالماء في الأوقات كلها بدون الحريم؛ لأنه لا بد من موضع يقوم هو أو بعيره لنزح الماء، ولا بد بعد هذا من موضع مجتمع فيه الماء ليشرب منه ما شئته، ولا بد من موضع يقوم عليه ما شئته، فأما صاحب النهر يمكنه الانتفاع بماء النهر من غير الحريم؛ لأن الماء يجرى إلى أرضه في بطن النهر من غير حريم، وعسى لا يحتاج إلى كراء النهر بعد ذلك حتى يحتاج إلى الحريم لإلقاء الطين، فرد[1] النهر في حق استحقاق الحريم إلى ما يقتضيه القياس.

ثم عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: في مسألة النهر يمسح بطن النهر، ويكون له نصف ذلك من هذا الجانب، ونصفه من ذلك الجانب، وعن محمد رحمه الله جميعه من كل جانب.

وإذا أحيا أرضًا مواتًا بإذن الإمام عند الكل أو بغير إذن الإمام عندهما، فإنه لا

٣/ ٢٢٨ حديث (٨٨١) والدارمي في "سننه" ٢/ ١٠٠ حديث (١٩٣٧) وأبو داود في "سننه" ٢٠/ ٢١٢ حديث (٢٠١٩) وابن ماجه أيضًا في "سننه" ٢/ ١٠٠٠ حديث (٣٠٠٦) والطحاوي في "معاني الآثار" ٤/ ٥٠، والطبراني في "الأوسط" ٣/ ٩١ حديث (٥٨٤) وابن راهويه في "مسنده" (٣/ ٦٨٨) حديث (١٢٨٦).

(١) وفي الأصل: "فورد النهي في حق استحقاق الحريم".

يستحق بذلك حريمًا يرعى ثيرانه إذا خرب أرضه.

١٨٥٩٣- في "فتاوى الفضلي": نهران لقريتين من مكان واحد وقع الاختلاف في حريمهما، فما كان مشغولا بتراب أحد النهرين، فهو في أيدي أهل ذلك النهر، والقول في ذلك لهم، ولا يصدق الآخرون على دعوتهم فيه إلا ببينة، وما كان بين النهرين من موضع فارغ لم يشتغل بتراب أحدهما، ولا منازع فيه لأهل القريتين، فهو بين أهل القريتين نصفان إلا أن يقوم لأحد القريتين بينة أن ذلك لهم خاصة.

١٨٥٩٤- في "المنتقى": قال هشام: سألت أبا يوسف رحمه الله عن الدار، هل لها قناة؟ قال: لا، قلت له: إن غرس إنسان على قناة شجرًا أو وسط نهر ليس له قضبانًا، فصار شجرًا وغلظ، قال: يأخذ منها قيمة النقصان، ويتصدق بالفضل، فإن جاء من يخاصمه من الناس أمرته بقلعها.

١٨٥٩٥- في "الأصل": إذا حفر الرجل بئرًا في أرض موات بإذن الإمام، فجاء آخر، وحفر بئرًا آخر في حريم البئر الأول، فللأول أن يسد البئر الثاني ويكفّها، ولو أراد أخذ الثاني، حتى يكبسها الثاني، هل له ذلك؟ اختلف المشايخ فيه.

قال بعضهم: ليس له ذلك، ولكن يضمنه النقصان، ثم هو يكبس بنفسه كمن هدم جدار غيره لا يؤمر أن يبني جداره، بل يضمن قيمة بناءه، ثم يبني بنفسه.

وقال بعضهم: له ذلك؛ لأنه صار جانيا بالحفر، وإزالة تلك الجناية بالكبس، فيؤمر بالكبس، ألا ترى أن من ألقى نجاسة في دار غيره، فإنه يؤمر برفعها، كذا ههنا - والله أعلم-.

الفصل الرابع
فى كراء الأنهار وإصلاحها

١٨٥٩٦- النهر الأعظم إذا احتاج إلى الكراء، فالسلطان يكريها من مال بيت المال؛ لأن منفعة ذلك عائدة إلى المسلمين، ومال بيت المال معد لمنافع المسلمين، وكذلك على هذا إصلاح مسناته إن خيف منه غرقًا، وتصرف إلى مؤنة هذا الكرى مال الخراج والجزية، وما يجرى مجراهما، ولا تصرف إليه الصدقات والعشور؛ لأن الصدقات والعشور أعدت لمصلحة خاصة وهى مصلحة الفقراء، والخراج والجزية أعدت لمصلحة العامة وهذه نائبة العامة، وإن لم يكن فى بيت المال شىء فالإمام يجبر الناس على الكراء؛ لأن فى الكراء منفعة العامة، وفى الترك ضرر العامة، وفى مثل هذا يجرى الجبر؛ لأن العامة قلما ينفقون على ذلك من غير إجبار إلا أنه يخرج للكراء من كان يطيق الكراء منهم، ويجعل مؤنتهم على الأغنياء الذين لايقدرون على الكراء بأنفسهم.

١٨٥٩٧- وأما النهر الذى دخل تحت القسمة إلا أن الشركة فيه عامة كالعام، فكراء هذا النهر على أهلها لا على بيت المال؛ لأن منفعة ذلك عائدة إلى أهلها على الخصوص، وإن أبى واحد منهم الكراء يجبر عليه؛ لأن فى الجبر ضرر خاص، وفى عدم الجبر ضرر عام، ولا شك أن دفع ضرر العام أولى [وليس لأحد أن يكرى من النهر نهرًا لأرضه، أضر ذلك بأهل النهر، أو لم يضر، ولكن يستحق بهذا الماء القسمة][1].

١٨٥٩٨- وأما النهر الذى دخل تحت القسمة فالشركة فيه خاصة، فكراءه على أهله، وإن أبى بعضهم الكرى، هل يجبر الآبى، ففيه اختلاف المشايخ.

قال بعضهم: يجبر، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله، وقال بعضهم: لايجبر، وإليه مال الفقيه أبو جعفر رحمه الله، بل يرفع الأمر إلى الإمام حتى إن الإمام يأمر الباقين بكراء نصيب الآبى على أن يستوفوا مؤنة الكراء من نصيبه من الشرب بأن يستوفوا نصيب الآبى من الشرب مقدار ما يبلغ قيمة ما أنفقوا فى نصيبه من

(١) ما بين القوسين فى الأصل وف فقط.

الكرى، أو إن اتفقوا على ترك الكرى فى هذا النهر، لا يجبرهم الإمام على ذلك فى ظاهر مذهب أصحابنا.

وقال بعض المتأخرين من مشايخنا: يجبرهم على ذلك لحق أصحاب الشفة فى النهر، وإن لم يرفعوا الأمر إلى القاضى فى المسألة الأولى يرجعون على الآبى بقسطه من النفقة، وهل يمنع الآبى عن شربها حتى ما يؤدى ما عليه من النفقة، قال القاضى الإمام أبو على النسفى رحمه الله: بعض مشايخنا يفتون بأنهم يمنعون عن ذلك، وقال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله: لا يمنعون بخلاف العلو والسفل، ذكر اختلاف المشايخ فى شرح نفقات الخصاف.

وذكر فى "عيون المسائل" فى باب الشرب: أن المنع قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله، فيتأمل عند الفتوى.

وأما إذا خيف أن ينشق النهر الخاص، وأرادوا أن يحصنوه، فامتنع بعضهم، فإن كان فى هذا ضرر عام، بأن كان الماء يخرج إلى طريق المسلمين، وإلى أراضيهم لو لم يصلحوا، يجبر الآبى على ذلك، وإن لم يكن فيه ضرر عام لا يجبر بالاتفاق.

قال أبو حنيفة رحمه الله: ليس على أهل الشفة فيما أعلم من الكراء شيء، إما لأنهم لايملكون النهر إنما يثبت لهم حق فى الماء على طريق الإباحة ولا نفقة على غير المالك، أو لأن شركتهم فى الشفة عامة ثابتة لجميع البشر، والشركة العامة لا عبرة لها فى حق نفاذ التصرف، فكذا فى حق التزام المؤنة إلا أنه أدخل فيه كلمة الشك حيث قال: فيما أعلم، إلا أن أهل الشفة يحتاجون إلى الكراء للشفة كأهل النهر محتاجون إلى الشرب، وهذا يوجب أن يكون الكرى عليهم جميعًا، ولكن من حيث إن الشركة لأهل الشفة شركة عامة توجب أن ترفع عنهم مؤنة الكراء فبقى نوع شك، وإن أنفقوا على كراء النهر الخاص قال أبو حنيفة رحمه الله: عليهم مؤنة الكراء من أعلى النهر، فإذا جاوزوا أرض رجل يرفع مؤنة الكراء.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الكراء عليهم جميعًا من أول النهر إلى آخره بحصص الشرب والأرضين، فإذا جاوزوا فوهة نهر رجل، هل يرفع عنه مؤنة الكراء عند أبى حنيفة رحمه الله؟ فالصحيح أنه لا يرفع ما لم يجاوز أرضه، وعلى هذا

الاختلاف إذا احتاجوا إلى إصلاح حافتى النهر.

١٨٥٩٩- وأما الطريق الخاص بين قوم فى سكة غير نافذة إذا وقعت الحاجة إلى إصلاحه من أوله إلى آخره، فإصلاح أول الطريق عليهم بالإجماع، فإذا بلغوا دار رجل منهم، هل يرفع عنه مؤنة الإصلاح؟ لا رواية لهذه المسألة، وقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: هو على الاختلاف الذى ذكرنا فى النهر الخاص.

قال شيخ الإسلام فى شرحه حاكيًا عن الفقيه أبى جعفر رحمه الله: رأيت فى كتب بعض مشايخنا أنه يرفع عنه بالاتفاق، فعلى هذا يحتاج أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إلى الفرق بين السكة الخاصة وبين النهر الخاص.

والفرق أن صاحب الدار لا حاجة له إلى الطريق فيما وراء داره بوجه ما؛ لأنه لا يستعمل ما وراء داره بوجه ما بخلاف النهر؛ لأنه يسيل الماء فيما وراء أرضه، ولولا ذلك لغرقت أرضه حال كثرة الماء، وكان مستعملا لما جاوز أرضه من النهر بفضل ماءه.

١٨٦٠٠- وههنا فصل آخر لا بد من معرفته أن من جاوز الكراء أرضه، إذا أراد أن يفسخ رأس النهر حتى سقى أرضه، هل له ذلك؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الكتاب.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله فى شرحه: أن على قول أبى حنيفة رحمه الله: له ذلك؛ لأنه سقط عنه مؤنة الكراء، وعلى قولهما: ليس له ذلك، وأشار شمس الأئمة السرخسى رحمه الله أن على قول أبى حنيفة رحمه الله فى هذا الفصل اختلاف المشايخ، وأما إذا كان النهر عظيمًا عليه قرى يشربون منها، وهى التى تدعى بالفارسية "كام"، فاتفقوا على كراء هذا النهر، فبلغوا فوهة نهر قرية، هل يرفع عنهم مؤنة الكراء؟ فلا رواية فى هذه المسألة فى الأصل.

قال شيخ الإسلام رحمه الله: ذكر هذه المسألة فى "النوادر": أنه يرفع عنهم مؤنة الكراء بالاتفاق، وعلى قياس النهر الخاص ينبغى أن لا يرفع عنهم مؤنة الكراء ما لم يجاوز الكراء أراضى قريتهم -والله أعلم-.

الفصل الخامس
فى بيع الشرب وما يتصل به

١٨٦٠١- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": إذا باع شرب يوم، أو أقل من ذلك أو أكثر، فإنه لا يجوز، إما لأنه باع ما لا يملك؛ لأن الماء قبل الإحراز بما وضع للإحراز لا يصير مملوكًا لأحد، وبيع ما لا يملك الإنسان لا يجوز، وإما لأن البيع مجهول.

بعض مشايخ بلخ كانوا يجوّزون ذلك، وكانوا يقولون: إن أهل بلخ تعاملون ذلك، والقياس يترك بالتعامل، والفقيه أبو جعفر وأستاذه الفقيه أبو بكر البلخى وغيرهما من المشايخ لم يجوّزوا ذلك، وقالوا: هذا تعامل بلدة واحدة، والقياس لا يترك بتعامل بلدة واحدة، وكذلك لو استأجره لا يجوز؛ لما ذكرنا من المعنيين، ولمعنى خاص فى الإجارة أن الإجارة عقدت على العين مقصودًا، ومحل الإجارة المنفعة دون العين، فإذا باعه، أو آجره مع الأرض، فهو جائز، ويدخل الشرب فى البيع والإجارة تبعًا للأرض، وقد يدخل الشىء فى البيع تبعًا لغيره، وإن كان لا يدخل مقصودًا، ألا ترى أن أطراف العبد تدخل فى العقد تبعًا، ولا تدخل مقصودًا هذا إذا باع الأرض مع شربها.

١٨٦٠٢- وأما إذا باع الأرض مع شرب أرض أخرى غير الأرض المبيعة، هل يجوز بيع الشرب أم لا؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الكتاب.

وحكى عن أبى نصر محمد بن سلام أنه يجوز، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله، وإليه أشار محمد رحمه الله فى الكتاب، وأما إذا آجر أرضًا مع شرب أرض أخرى لا يجوز.

والفرق أن الشرب فى حق البيع تبع للأرض من وجه، أصل من وجه، أصل من حيث إنه يقوم بنفسه، تبع الأرض من حيث إنه لا يقصد لعينه، بل للأرض فمن حيث

إنه تبع لايجوز بيعه من غير أرض أصلا، ومن حيث إنه أصل يجوز بيعه تبع أى أرض كان، أما فى حق الإجارة الشرب تبع للأرض من كل وجه؛ لأن الإجارة فى الأراضى للانتفاع من حيث الزراعة، ولا يتهيأ المزارعة بدون الشرب، وإذا كان الشرب تبعًا للأرض من كل وجه فى الإجارة لم تجز إجارة الشرب مع أرض أخرى كما لم يجز بيع أطراف العبد تبعًا لرقبة أخرى، وإذا قال: بعتك هذه الأرض بألف درهم، وبعتك شربها، هل يجوز بيع الشرب؟ اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: لا يجوز؛ لأن الشرب صار مقصودًا فى البيع، وبعضهم قالوا: يجوز؛ لأنه بقى تبعًا من حيث إنه لم يذكر له ثمنًا حتى لو ذكر للشرب ثمنًا بأن قال: بعتك هذه الأرض بألف درهم، وبعتك شربها بمائة لا يجوز بلا اختلاف؛ لأنه صار أصلا من جميع الوجوه، وعلى هذا الخلاف إذا قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم، وبعت منك أطرافه، هل يجوز البيع فى الأطراف؟ وعلى هذا الصوف والقرون.

١٨٦٠٣- وإذا اشترى أرضًا، ولم يذكر الشرب، ولا مسيل الماء، لم يدخلا فى البيع، وإن ذكر الشرب، ولم يذكر المسيل دخل الشرب فى البيع، ولم يدخل المسيل، ولو اشتراه بكل حق هو لها كان له الشرب ومسيل الماء جميعًا، وكذا إذا اشتراها بمرافقها، وكذا إذا إذا اشتراها بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها.

١٨٦٠٤- وإذا استأجر أرضًا، و لم يذكر شربها دخل الشرب فى الإجارة استحسانًا، وإذا قال لآخر: اسقنى يومًا من نهرك على أن أسقيك يومًا من نهرى الذى فى مكان كذا وكذا، فهذا لايجوز؛ لأنه إما أن يعتبر هذا إجارة أو بيعًا، وأى ذلك ما اعتبر لا يجوز؛ لأن إجارة الشرب وبيعه وحده باطل.

وكذلك إذا قال: اسقنى يومًا بخدمة عبدى هذا شهرًا، أو قال: برقبتى، أو قال: بركوب دابتى هذه شهرًا، أو قال: كذا وكذا يومًا، فهذا كله باطل؛ لما ذكرنا.

١٨٦٠٥- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": باع ماءه بمجاريه بغير أرض، وفى تلك القرية الخراج على الماء، ويباع المياه بمجاريها، فالبيع جائز؛ لأن البيع وقع على المجارى، والماء دخل فيه تبعًا، ولا خراج على المشترى؛ لأن الخراج وظيفة الأراضى التى يمكن زراعتها لا وظيفة الماء.

وفيه أيضًا : اشترى شربًا بغير أرض، وقبضه وباعه مع أرضه، فالبيع فى الشرب لايجوز إلا أن يجيزه البائع الأول، لأنه على ملك البائع بعد؛ لأن شرى الشرب وحده غير جائز، هكذ حكى عن الفقيه أبى جعفر رحمه الله، وهذا الجواب عندى ليس بصحيح؛ لأن شراء الشرب وحده ليس بباطل، بل هو فاسد، نصّ عليه محمد فى كتاب الشفعة فى باب الشفعة فى شراء الأرضين، وإذا كان شراء الشرب فى هذه الصورة فاسد يملكه المشترى بالقبض، ويصير بائعًا ملك نفسه، فيجوز كما هو الحكم فى سائر الأشربة الفاسدة.

١٨٦٠٦- فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": رجل له قطعة أرض وبجنبها نهر فيه مجرى له ولغيره، وبجنب النهر طريق باع صاحب القطعة قطعته، وذكر فى الصك هذا القطعة الطريق، حكى عن أبى نصر: أنه باع القطعة، فلا يدخل فى البيع غيرها.

واختار الفقيه أبو الليث رحمه الله على أن النهر يدخل إن كان النهر بين القطعة وبين الطريق؛ لأنه جعل النهر من المبيع.

١٨٦٠٧- فى "فتاوى الفضلى": قطعتا كرم لرجل باع إحداهما من رجل، والأخرى من رجل، وكان مجراهما واحدًا، فمنع مشترى القطعة العليا مجرى ماء القطعة السفلى، ذكر المسألة، ولم يشبع فى جوابها، وفى الحقيقة المسألة على وجهين: إما إن كان مالك القطعتين مختلفًا، أو كان مالكهما واحدًا، إن كان المالك مختلفًا إن لم يذكرا الشرب فى البيع لا إفصاحًا ولا دلالة لا يدخل الشرب فى البيع وإن ذكراه، إما إفصاحًا وإما دلالة كان لكل مشترى حق إجراء الماء إلى أرضه، ويقوم كل مشترى مقام بائعه، ولا يعتبر فيه التقدم والتأخر، وإن كان المالك واحدًا، فإن لم يذكر الشرب فى البيع لا إفصاحًا ولا دلالة لا يدخل تحت البيع، وإن ذكره فإن باع القطعة العليا، أو لا لم يكن لصاحب القطعة السفلى إجراء الماء إلا إذا شرط البائع وقت البيع الأول أن يكون له حق إجراء الماء إلى القطعة السفلى، وإن باع القطعة السفلى أولا كان لكل واحد منهما إجراء الماء إلى أرضه.

١٨٦٠٨- بئر فى أرض، والبئر والأرض بين رجلين، باع أحدهما نصيبه من البئر

بطريقه فى الأرض، ولم يبع نصيبه من الأرض، فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه باع نصيبه من قطعة معلومة من موضع كان مشتركًا بينه وبين صاحبه، فلا يجوز إلا بإذن صاحبه، كما قالوا: فى دار بين رجلين باع أحدهما نصيبه من بيت بعينه لم يجز إلا برضاء صاحبه، كذا ههنا.

ذكر المسألة على هذا الوجه فى الأصل، ولم يقل: لا يجوز البيع فى البئر والطريق جميعًا، أو لا يجوزالبيع فى الطريق خاصة.

١٨٦٠٩- فمن مشايخنا من قال: لا يجوز البيع فى البئر والطريق جميعًا فى قول علمائنا رحمه الله جميعًا؛ لأن البئر مع الطريق كشىء واحد؛ لأنه لا يتهيأ الانتفاع بالبئر من غير الطريق فصار كشىء واحد، فإذا فسد البيع فى بعضه فسد فى كله كما قالوا: فيمن اشترى سيفًا محلى بدراهم أو بدنانير ولم ينقد حصة الحلى حتى تفرقا، فسد البيع فى الفصل؛ لأنهما شىء واحد، كذا ههنا.

ومنهم من قال: لا يجوز البيع فيهما فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله، أما على قول أبى يوسف ومحمد: يجوز البيع فى البئر؛ لأن الصفقة واحدة، وقد فسد بعضها، وصار كما لو باع عبدين كل واحد منهما بألف، فإذا أحدهما حر.

ومنهم من قال: يجوز البيع فى البئر، ولا يجوز فى الطريق إجماعًا، قال شيخ الإسلام رحمه الله: وهذا القول أصح.

ولو باع نصف البئر من غير طريق جاز البيع، وكان ينبغى أن لا يجوز لوجهين: أحدهما: أنه باع نصيبه من قطعة معلومة من مكان معلوم مشترك، فلا يجوز كما فى دار مشترك إذا باع أحدهما نصيبه من بيت بعينه.

والثانى: أنه باع ما لا يمكن للمشترى قبضه؛ لأن المشترى إنما يصير قابضًا للعقار إذا دنا منها، وخلى البائع بينه وبين المشترى، ومتى لم يكن للمشترى طريق لا يمكن الدنّو منها حتى يصير قابضًا، وإذا اشترى ما لا يمكنه قبضه، فلا يجوز كما لو اشترى آبقًا.

والجواب عن الأول أن البئر إن كانت قطعة معلومة من مكان مشترك إلا أن البئر لايحتمل القسمة، وإذا لم يكن محتملا للقسمة لا يحتاج الساكت إلى القسمتين بخلاف

مسألة الدار ، قياس مسألة الدار من مسألتنا ما إذا كان البيت فى الدار صغيراً بحيث لا يحتمل القسمة ، ولو كان كذلك نقول : يجوز بيع نصيبه منها ؛ لأن شريكه لا يحتاج إلى قسمتين ، إذا كانت البيت مما لا يحتمل القسمة ، والجواب عن الثانى أن الطريق للبائع فيأذن للمشترى حتى يدنو من المشترى ، فيصير قابضا له ، ولو باع نصيبه من الأرض والبئر والطريق جاز ، ويقوم المشترى مقام البائع -والله أعلم- .

الفصل السادس
فيما يحدثه الإنسان، وما يمنع عنه وما لا يمنع
وما يوجب الضمان على المحدث وما لا يوجب

١٨٦١٠- قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: الأنهار ثلاثة: نهر غير مملوك لأحد، ولم يدخل ماءه تحت المقاسم كدجلة والفرات، والحكم فيه أن من أراد أن يكرى منه نهرًا إلى أرض أحياه، فإنه يمنع عنه إذا كان فيه ضرر بين العامة، وإن لم يكن فيه ضرر بين العامة لا يمنع عنه، نهر مملوك دخل ماءه تحت المقاسم إلا أن الشركة فيه عامة، وحدها أن يكون الشركاء فيه مائة فصاعدًا، والحكم فيه أن من أراد أن يكرى منه نهرًا إلى أرض أحياه، فإنه يمنع عنه أضر ذلك بأهل النهر أو لم يضر، ونهر مملوك دخل ماءه تحت المقاسم إلا أن الشركة فيه خاصة، وحدّها أن يكون الشركاء فيه أقل من مائة، فالحكم فيه ما ذكرنا أيضًا أن من أراد أن يكرى منه نهرًا إلى أرض أحياه منع عنه أضر ذلك بأهل النهر أو لم يضر.

١٨٦١١- وإذا أراد أهل أعلى النهر أن يحبسوا الماء عن أهل الأسفل، فإن كان الماء كثيرًا فى النهر، بحيث لو أرسل ولم يسكر يصل كل واحد منهم إلى حقه فى الشرب، لا يكون لأهل الأعلى ولاية الحبس، فإن كان الماء فى النهر قليلا بحيث لا يصل أهل الأعلى إلى حقهم فى الشرب، إلا بالسكر، فالمسألة على وجهين: إن كان الماء بحال لو أرسل إلى أهل الأسفل لايمكن لأهل الأسفل الانتفاع أصلا بأن كان النهر ينشفه كان لأهل الأعلى الحبس، وإن كان الماء بحال لو أرسل إلى أهل الأسفل يمكنهم الانتفاع به، لا يكون لأهل الأعلى السكر، بل يبدأ بأهل الأسفل حتى يرؤوا، ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا ليرتفع الماء إلى أراضيهم، قال خواهر زاده: واستحسن مشايخنا رحمهم الله فى هذا الوجه أن الإمام يقسم بينهم بالأيام إذا أبى أهل الأسفل السكر، ثم يضع أهل الأعلى فى نوبتهم ما أحبوا نفيًا للضرر عنهم.

ثم فى كل موضع جاز لأهل الأعلى السكر، فإنما يجوز لهم ذلك بوضع لوح فى

النهر، وما أشبهه لا بالتراب.

١٨٦١٢- هذا الذى ذكرنا كله فى الماء المشترك الذى يكون بينهم فى القديم، فأما الماء الذى ينحدر من الجبل إلى الوادى اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يكون لأهل الأعلى ولاية الحبس عن أهل الأسفل، ولكن ليس لهم أن يتعتنوا، أو يقصدوا الإضرار بأهل الأسفل فى منع الماء وما وراء موضع حاجتهم، وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسى، وقال بعضهم: الجواب فيه كالجواب فى الماء المشترك إذا دخل فى النهر المشترك؛ لأن ماء الجبل إذا دخل النهر المشترك صار مشتركًا بين أهل النهر، كما لو دخل فيه ماء الوادى، وكل جواب عرفته ثمة، فهو الجواب ههنا إلا أن يكون انحدر السيل، وانتشر على وجه الأرض، فحينئذٍ يكون لمن سبقت إليه يده.

وإذا كان النهر بين قوم، ولهم عليه أرضون أراد واحد منهم أن يكرى من هذا النهر نهرًا لأرض كان شربها من هذا النهر أو لأرض أخرى لم يكن له ذلك إلا برضاء الشركاء، أما إذا أراد أن يكرى الأرض لم يكن شربها من هذا النهر؛ لأنه يريد أن يأخذ زيادة الماء، ولأنه يسكر صفة مشتركة، وأما إذا أراد أن يكرى الأرض كان شربها من هذا النهر، فللعلة الثانية، وكذلك لو أراد واحد منهم أن ينصب عليه رحى ماء لم يكن له ذلك إلا برضاء أصحابه، فإن كان الموضع الذى يضع عليه الرحى ملكه بأن كان حافتا النهر وبطن النهر ملكه، ولغيره حق إجراء الماء ينظر إن أضره بإجراء الماء منع عنه، وإن لم يضر لم يمنع عنه، وكذلك إذا أراد أن ينصب عليه دالية أو ساقية، فهو على ما ذكرنا فى الرحى.

١٨٦١٣- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": سألت أباحنيفة رحمه الله عن النهر بين الرجلين، لهذا النهر خمس كوى يدخل فيها الماء فى هذا النهر من النهر الأعظم، وأحد الرجلين أرضه فى أعلى هذا النهر والآخر أرضه فى أسفل هذا النهر، فقال صاحب الأعلى: أريد أن أسد من هذه الكوى واحدة أو اثنين؛ لأن ماء النهر يكثر، فيفيض فى أرضى وينز منه، ولا ينفعك حتى يقل، فيأتيك منه ما ينفعك، وما يأتينى[١] منه ما يضرنى، قال: ليس له ذلك؛ لأنه سد الكوة أحداث تصرف فى كوة مشتركة،

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل: "وما شيء منه".

وإن قال: اجعل لي نصف النهر ولك نصفه، فإذا كان في حصتي سددت منها ما بدا لي، وإذا كان في حصتك فتحتها كلها، فليس له ذلك إلا برضا أصحابه، فإن تراضيا على ذلك وأقاما عليه زمانًا، ثم بدا لصاحب الأسفل أن ينقض كان له ذلك؛ لأن كل واحد منهما معير صاحبه نصيبه من الشرب في نوبته من النهر، وللمعير أن يرجع في عاريته متى شاء.

١٨٦١٤ - وقال: سألت أبا يوسف رحمه الله عن نهر بين قوم يأخذ الماء من النهر الأعظم، ولكل واحد منهم على هذا النهر الخاص نهر، وكان نهر أحدهم في أسفل أرضه، فأراد أن يحول نهره، فيجعله في أعلى أرضه ليس له ذلك؛ لأنه يكسر صفة مشتركة، ولأنه يأخذ زيادة من الماء.

وكذلك لو كان نهره في أعلى أرضه، وأراد أن يجعله في أسفل أرضه ليس له ذلك للعلة الأولى، فرق بين النهر الخاص وبين النهر الطريق الخاص، فإن الطريق إذا كان خاصًا لقوم في سكة غير نافذة أراد واحد من أهل السكة كان باب داره في أعلى السكة أن يجعله في أسفل السكة، أو كان باب داره في أسفل السكة أراد أن يجعله في أعلى السكة حيث له ذلك؛ لأن في الطريق يتصرف في جدار خاص له، ولا يأخذ زيادة على حقه، ولا كذلك في النهر.

١٨٦١٥ - قال: وسألته عن هذه الكوى أراد صاحبها أن يسفلها عن موضعها ليكون أكثر آخذًا للماء قال له: ذلك، وصورتها نهر بين قوم لكل واحد منهم على رأس أقذفه كوة أراد واحد منهم أن يكرى الأقذف، ويسفل الكوة عن موضعها ليكون أكثر آخذًا للماء، فله ذلك.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله حاكيًا عن أستاذه رحمه الله: هذا إذا علم أن الكوة كانت متسفلة، ثم ارتفعت، فأراد أن يعيده إلى الحالة الأولى، أما إذا علم أنها إذا كانت في الأصل بهذه الصفة، فأراد أن يسفلها ليس له ذلك، وإليه أشار شيخ الإسلام في شرح كتاب الشرب، والشيخ الإمام[1] شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أجرى المسألة على إطلاقها كما ذكر محمد في الكتاب، وقال: له ذلك على كل حال، قال:

(١) وفي الأصل: "الإسلام".

لأن قسمة الماء فى الأصل باعتبار سعة الكوة وضيقها لا باعتبار التسفل والترفع، هذا هو العبارة الظاهرة بين الناس، وإن لم يعلم حال الكوة فى الأصل قال شيخ الإسلام: يتسفل ما يكوى مثل ذلك النهر فى العرف والعادة، وإن أراد أن يرفع الكوة وكانت متسفلة ليدخل الماء فى أرضه قليلا قال فى الكتاب: له ذلك من غير فصل، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى.

قال شمس الأئمة الحلوانى وشيخ الإسلام خواهر زاده رحمهما الله: تاويل المسألة إذا كان هو بالرفع يعيد الكوة إلى الحالة الأولى، أما لو كان فى الأصل كذلك ليس له أن يرفعها.

١٨٦١٦- قال: وسألت عمن يريد أن يزيد فى عرض قسم النهر، ولو[1] يؤخر الكوة عن فم النهر، فيجعلها على أربعة أذرع عن فم النهر إلى أسفل، قال: ليس له ذلك، وصورة هذا إذا كانت الألواح التى فيها الكوة فى فم النهر أراد أن يؤخرها عن صفة النهر، فجعله فى وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح، فإنه لا يكون ذلك؛ لأنه يريد أن يأخذ من الماء أكثر من حقه؛ لأن الماء إذا دخل فى رأس النهر يحتبس ويجتمع، فيدخل فى الكوة أكثر مما يدخل إذا كانت الكوة فى فم النهر.

١٨٦١٧- إذا سقى أرض نفسه وملأها، وتعدى إلى أرض جاره، فهذه المسألة على وجهين: إن كان أرض الساقى بحال لا يستقر الماء فيها، ويجرى إلى أرض الجار، ويستقر فيها، فالساقى ضامن، وإن كان أرض الساقى بحال يستقر الماء فيها، ثم يتعدى إلى أرض جاره، فلا ضمان على الساقى.

وذكر محمد رحمه الله المسألة فى كتاب الشرب مطلقًا، قال الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام رحمه الله فى شرحه حاكيًا عن الفقيه أبى جعفر رحمه الله تأويل ما قاله محمد رحمه الله: إذا سقى أرضه سقيًا يسقى مثله فى العادة؛ لأنه حينئذٍ يكون مسببًا للتلف لا مباشرًا؛ لأن سقى المثل قد يغرق أرض جاره، وقد لا يغرق، والمسبب لا يضمن إذا لم يكن متعديًا، والساقى غير متعد إذا سقى أرضه يسقى مثله، فأما إذا سقى أرضه سقيًا لا يسقى مثله فى العرف والعادة يضمن، إما لأنه مباشر فى إغراق أرض

---

(١) زيد من م وف.

صاحبه، أو لأنه مسبب متعدّ، وهو نظير ما لو أوقد فى داره، واحترق دار جاره إن أوقد ناراً يوقد مثله فى الدور عرفًا أو عادة لايضمن، وإن كان بخلافه ضمن، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وذكر شمس الأئمة السرخسى فى مسألة إيقاد النار: أنه لاضمان من غير تفصيل.

وكذلك إذا نزّت أرض جاره، فهو على هذا التفصيل أيضًا، كذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله، وكان الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد يقول: إذا سقى أرض نفسه سقيًا معتادًا، أو تعدى إلى أرض غيره، إنما لا يضمن إذا كان محقًا فى السقى فى نوبته مقدار حقه، فأما إذا سقى فى غير نوبته، أو فى نوبته زيادة على حقه يضمن، وقيل: إذا سقى أرضه سقيًا معتادًا، أو تعدى إلى أرض جاره وهو يرى، ولا يخبر جاره يضمن، ذكره البقالى.

وقيل: إذا سقى أرض نفسه سقيًا معتادًا، وتعدى إلى أرض جاره إن كان الجار قد تقدم إليه بالأحكام، فلم يفعل ضمن استحسانًا، كما فى الحائط المائل إذا تقدم إلى صاحب الحائط، فإن لم يقدم بذلك حتى تعدى، فلا ضمان.

وإذا كان فى أرضه جحر، فإن سقى أرضه، وتعدى الماء من ذلك الجحر إلى أرض الجار، فإن كان لا يعلم بالجحر، فلا ضمان، وإن كان يعلم ولم يسده، فهو ضامن، كذا ذكر شيخ الإسلام فى شرح كتاب الشرب، وفى "فتاوى الفضلى": ذكر مسألة الجحر، وأجاب أنه لا ضمان من غير تفصيل.

١٨٦١٨- وإذا فتح رأس النهر، فسال من النهر شيء إلى أرض جاره، إن فتح من الماء مقدار ما يفتح منه فى مثل ذلك النهر عرفًا وعادةً، فلا ضمان، وإن كان بخلافه، فهو ضامن، هكذا ذكر شيخ الإسلام.

وفى البقالى: إذا فتح الماء، ثم تركه، فإن زاد أو فتح النهر، وليس فيه ماء، ثم جاء الماء، لم يضمن إن لم يزد فى الفتح على اسمهم ما يحتمله، وكذا إذا انقطع الماء، ولم يسده ولم يرفع السكر الذى عند أرضه إن كان الرسم أن يسكر مثله.

١٨٦١٩- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": إذا سقى أرضه، فأرسل الماء فى النهر حتى جاوز عن أرضه، وقد كان طرح رجل أسفل منه فى النهر ترابًا، فمال الماء عن

النهر، وسال حتى غرق قصر رجل، فالضمان على من طرح التراب فى النهر، وليس على مرسل الماء شىء، إن كان له فى النهر حق.

وفيه أيضًا: رجل له مجرى ماء بقرب دار آخر، فأجرى فى النهر الماء، فدخل الماء من الجحر إلى دار جاره وخربها، قال: إن كان النقب خفيفًا[1] لم يرَه، وقد أجرى الماء بقدر ما يطيق النهر، ولولا النقب ما تعدى الماء إلى دار الجار لا ضمان على صاحب المجرى، وإن كان حمل عليه من الماء مقدار ما يتعدى بغير نقب، فهو ضامن، وأصل المسألة ما ذكرنا.

١٨٦٢٠ - وفيه أيضًا: سئل أبو بكر عمن فى داره مجرى الماء حوّله إلى ناحية من داره، فانهدم حائط جاره من ذلك قال: هو ضامن، قيل له: لو[2] ترك كوة بين المجرى وبين الحائط، فنزّ من ذلك، قال: هو ضامن ترك كوة أو لم يتركه؛ لأنه جانٍ فى تحويل المجرى؛ لأنه تصرف فى حق الغير، فما تولد منه يكون مضمونًا عليه.

ولو ترك المجرى الأول على حاله، وفتح نهرًا آخر قال: إن ترك بينه وبين الحائط الجار فجوة قدر ذراعين قال: لا يضمن؛ لأن هذا شىء قد أحدثه فى ملكه.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هو الذى ذكرنا إذا أخرج الماء من النهر من موضع لم يكن له حق الإخراج منه، فأما إذا شق حافة النهر فى موضع له حق وأجرى الماء منه إلى موضع آخر، فإنه لا يضمن فى الوجهين جميعًا إذا بقيت بينهما فجوة؛ لأن كبس النهر إن كان جناية، فإرساله الماء فى موضع آخر من داره ليس بجناية، فلا يضمن ما لم يصل الماء إلى حائط الجار.

١٨٦٢١ - وسئل على ابن أحمد: عن نهر يجرى فى أرض قوم، فانشق النهر وخرب بعض أرض القوم، قال: ليس على صاحب النهر شىء.

قال الفقيه أبو الليث لأصحاب الأرضين: أن يأخذوا أصحاب النهر بعمارة النهر، وليس لهم أن يأخذوهم بعمارة الأرضين.

١٨٦٢٢ - قال فى "الأصل": نهر بين قوم لهم عليه أرضون، فأراد بعضهم أن

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "خفيًا".

(٢) وكان فى الأصل وف: "قيل له: لو زاد فجوة بين المجرى... إلخ".

يسوق شربه إلى أرض أخرى لم يكن لها من ذلك النهر شرب لم يكن له ذلك إلا بإذن الشركاء، سواء كان يريد سوق شربه من مجرى يحدثه إلى هذه الأرض، أو كان يريد سوقه من مجرى الأرض القديمة، وإن أراد أن يملأ الأرض القديمة، ثم يسقى من الأرض القديمة هذه الأرض، هل له ذلك؟

ذكر شيخ الإسلام في شرحه: أنه إن سدّ فوهة النهر، فله ذلك، وإن لم يسد فوهة النهر، فليس له ذلك.

١٨٦٢٣- إذا كان لرجل نهر في أرض رجل أراد أن يدخل أرضه ليعالج من النهر شيئًا، فمنعه رب الأرض من ذلك فليس له أن يدخل أرضه، وإنما يمضى في بطن النهر لإصلاح النهر، هكذا ذكر في "الأصل"، ولم يحكِ خلافًا.

من مشايخنا من قال: ما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا حريم للنهر في قول أبي حنيفة للنهر، فأما على قولهما: فللنهر حريم، فكان له أن يمر على المسناة لإصلاح النهر، وليس له أن يمر فيما وراء المسناة؛ لأن ما وراء المسناة ملك صاحب الأرض.

من مشايخنا من قال: ما ذكر في الكتاب على الوفاق إلا أن موضوع المسألة أن صاحب النهر باع المسناة من صاحب الأرض، وبقى النهر لنفسه.

فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الفرات، وصورتها: إذا كان طريق المرور إلى الفرات في أرض إنسان، كان للناس أن يمروا في أرضه بغير إذنه.

وقيل: في الفرق أن موضوع مسألة الفرات أنهم لا يمكنهم المرور إلى الفرات إلا في أرضه ضرورة، وههنا أمكنه المرور في بطن النهر، فلا ضرورة إلى المرور في أرضه، ولكن هذا الفرق ليس بسديد، فإنه إذا كان مكان النهر بئرًا أو قناة أو عين لرجل في أرض رجل، فليس لصاحب البئر والقناة والعين أن يمر في أرضه إلى بئره وعينه ليصلحها، وليسقى الماء منها، وإن كان لا يمكن لصاحب البئر والعين المرور إلى بئره إلا في أرضه، إنما الفرق السديد أن في مسألة الفرات متى أطلقنا للناس حق المرور في الأرض، فقد تحملنا الضرر الخاص لدفع الضرر العام، وإنه جائز، وفي مسألة النهر الخاص والبئر والعين متى أطلقنا له المرور في الأرض، فقد تحملنا الضرر الخاص لدفع الضرر الخاص،

وإنه لا يجوز.

١٨٦٢٤- وإذا استهلك الرجل شرب رجل بأن كان لرجل شرب يوم من نهر جاء رجل وسقى بهذا الشرب أرض نفسه، ذكر الشيخ الإمام الزاهد على البزدوى فى "الجامع الصغير": أنه يضمن، وذكر شيخ الإسلام فى شرح كتاب الشرب: أنه لا يضمن، وإنما لا يضمن لوجهين: أحدهما: أنه كان يملك استهلاكه بجهته وهو الشفة، ومن ملك استهلاك شيء بجهة إذا استهلك بجهة أخرى لا يضمن، كالذى دخل الحرب إذا استهلك العلف بالإحراق لا يضمن؛ لأنه يملك استهلاكه بأن يعلف دابته، فلا يضمن إذا استهلكه بجهة أخرى.

والثانى: أن الماء قبل الإحراز بالأوانى لا يصير مملوكًا، وإنما أتلف ما ليس بملك له، فلايضمن، عن محمد رحمه الله: فى نهر بين رجلين، اتخذ أحدهما فيه سكرًا، فهلك زرع شريكه بعضه عطشًا وبعضه غرقًا، قال: يضمن ما هلك غرقًا، ولا يضمن ما هلك عطشًا.

١٨٦٢٥- وإذا وضع سكرًا فى نهر العامة ليسقى أرضه، فسقى أرضه، وترك السكر كذلك، ثم وصل الماء، ووقع فى أرض رجل بسبب السكر، وأفسد زرعه، فالمسألة على وجهين: إما إن أجرى الماء أحد، أو جرى بنفسه، ففى الوجه الأول الضمان على المجرى، وفى الوجه الثانى: الضمان على الذى سكر.

١٨٦٢٦- سقى أرضه من نهر العامة، وعلى نهر العامة أنهار صغار مفتوحة الفوهات، فدخل الماء فى الأنهار الصغار، وفسد بذلك أراضى قوم، فهو ضامن كأنه أجرى فيها الماء.

١٨٦٢٧- فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": رجل ألقى شاة ميتة فى نهر الطاحونة فسال بها الماء إلى الطاحونة فخربت الطاحونة قال: إن كان النهر لا يحتاج إلى الكراء لا يضمن، وإن كان يحتاج إلى الكراء، فهو ضامن إن علم أنها خربت من ذلك، فلم يجعل الملقى متعديًا فى الإلقاء، إذا كان النهر لا يحتاج إلى الكرى، دليل ذلك قوته، وينبغى أن يقال: إن استقرت فى الماء كما ألقاها، ووقعت، ثم ذهبت أنه لا ضمان عليه على كل حال؛ لأنها لما وقفت ساعة لما يكن ذهابها إلى الطاحونة مضافًا إلى فعل الملقى، وإنما يكون مضافًا إلى فعل الماء، ولهذا أمثلة كثيرة فى الشرع، من جملة

ذلك إذا أرسل دابته، فأصابت شيئًا في وجهها ذلك ضمن صاحبها ما أصابت، وإن وقفت ساعة، ثم سارت فما أصابت بعد ذلك، فلا ضمان على صاحبها، وانقطع حكم إرساله لما وقفت ساعة.

١٨٦٢٨- وفي "الأجناس": إذا قمط رجلا، وألقاه في البحر، وتركه حتى مات، فعليه الدية، وإن سبح ساعة، ثم غرق لم يكن عليه شيء، وانقطع حكم إلقاءه لما سبح ساعة، كذا ههنا.

سئل أبو القاسم عمن غطى مجرى الماء قال: إذا لم يكن قديمًا، فلأرباب المجرى أن يأخذوا بكشف ذلك، ويرفع الغطاء.

وعنه أيضًا: في أصحاب نهر حفروا النهر، وألقوا التراب في أرض رجل فيها هذا النهر قال: يؤخذون برفع ما جاوز الحريم، وسئل أبو جعفر عن نهر في سكة حفرها أهلها، وألقوا فيها التراب، فأجاب كذلك.

١٨٦٢٩- وفي الصلح من الفتاوى عن محمد رحمه الله: فيمن له مجرى ماء في دار أخرى، ولا يمكنه أن يمر في بطن المجرى، أو في مسناته، فأراد حفره وإصلاحه قال: يقال لصاحب الدار: إما أن تدعه حتى تصلحه، وإما أن تصلحه من ماله، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله، وبهذا نأخذ.

١٨٦٣٠- في "فتاوى أبي الليث رحمه الله": نهر عظيم لأهل قرية يتشعّب منه نهران، وعلى كل واحد من النهرين طاحونة، فخربت إحدى الطاحونتين، فأراد صاحبها أن يرسل الماء كله في النهر الآخر الذي عليه الطاحونة الأخرى حتى يعمر طاحونته، وذلك يضر بالطاحونة الأخرى لم يكن له ذلك؛ لأنه يريد رفع الضرر عن نفسه بالإضرار[1] بغيره.

وفيه أيضًا: حوض في بستان رجل مستنقع لماء أقوام، والرجل مقر لهم بالمجرى، وبأن استنقاع الماء حق قديم لهم، وهذا الحوض يضر ببناء الرجل، فأراد أن يمنعهم من إجراء الماء حتى يصلحوا الحوض، فإن كان في الحوض عيب يضر لأجله ببناء الرجل، فله ذلك.

---

(١) وفي م: "أو بغيره".

١٨٦٣١ - وفيه أيضًا : نهر فى سكة غير نافذة أراد رجل من أهل السكة أن يدخل الماء فى داره ، ويجرى إلى بستان ، فللجيران أن يمنعوه ، وله أيضًا : أن يمنع الجيران من مثل ذلك ، ومن أجرى قبل ذلك ، وأقر أنه أحدثه ، فلهم منعه ، وإن كان ذلك قديمًا ، لم يمنع بمنزلة الظلة فوق السكة ، وهذا لأن السكة إذا لم تكن نافذة ، فهى كالمملوكة لسكانها ، فلا يتفرد أحدهم بإحداث شىء مثل ذلك فيها .

١٨٦٣٢ - وفيه أيضًا : رجل له مياه متفرقة فى قرية أراد أن يجمع كله ، ويجعله فى شبا روز أحد[1] ، فله ذلك ؛ لأنه يتصرف فى حقه ، ولا ضرر فى ذلك على الشركاء .

كذلك لو كان لرجلين لكل واحد شرب يوم فى نهر قرية أرادا أن يسوقا ماءهما جميعًا فى يوم واحد ، فلهما ذلك ، وليس للشركاء منعهما ؛ لأنهما متصرّفان فى حقوقهما ، ولا ضرر للشركاء فيه .

١٨٦٣٣ - فى "العيون" : نهر فى مدينة أجراها الإمام للشفة أراد بعض الناس أن يتخذوا عليه بساتين ، إن لم يضر ذلك بأهل الشفة وسعهم ذلك ، وإن أضر ذلك بأهل الشفة لا يسعهم ذلك ، ولو أراد أن يغرس على هذا النهر فى الطريق إن لم يضر بالطريق وسعه ذلك ، وللناس أن يمنعوه عن ذلك .

١٨٦٣٤ - نهر لقوم فى بستان رجل فلصاحب البستان أن يغرس على حافتيه ؛ لأنه لا ضر لهم فى ذلك حتى لو كان لهم فى ذلك ضرر بأن يضيق نهرهم بسببها يمنع عنه ، ولو كان قد غرس يؤمر بالقلع ، إلا أن يوسع النهر من الطرف الآخر بقدر ما كان على وجه لا يتفاوت فى حق أصحاب النهر حينئذٍ لا يمنع عنه ، وإن كان قد غرس لا يؤمر بالقلع .

١٨٦٣٥ - وعن شداد فى نهر عام إذا أراد رجل أن يغرس عليه لمنفعة المسلمين أن له ذلك .

١٨٦٣٦ - وفى البقالى : إذا كان فى أرض رجل نهر لقوم ، فله أن يسقى منه أرضه ، إن لم يضر بأصحاب النهر ، ولهم أن يمنعوه ، وإن كان بطنه ، وحافتاه له فله ذلك وإن أضر .

(١) وفى الأصل وم : "واحد" .

الفصل السابع
فى الدعاوى فى الشرب، وما يتصل به، وفى سماع البينة

١٨٦٣٧- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": رجل ادّعى فى يدى رجل شربًا بغير أرض أنه له، وأقام على ذلك بينة، فالقياس أن لا تقبل بينته، ولا يقضى له بالشرب، وفى الاستحسان: تقبل بينته.

وجه القياس أن مطلق الدعوى محمول على التجارة كمطلق الإقرار بالشىء محمول على الإقرار بالتجارة حتى صح الإقرار بالدين من الصبى المأذون والعبد المأذون، وإذا حمل على التجارة صار كأنه نص عليها، ولو نصّ عليها لا يقضى له بالشرب؛ لأن شراء الشرب وحده لا يجوز.

وجه الاستحسان: بأن الدعوى مطلقًا محمول على التجارة إلا أن دعوى الشرب بالتجارة دعوى صحيحة.

وإذا قام عليه البينة تقبل بينته، ويحمل على أنه اشترى الشرب مع الأرض، ثم باع الأرض وحده وترك الشرب لنفسه.

١٨٦٣٨- وإذا كان لرجل نهر فى أرض رجل أراد صاحب الأرض أن يمنع صاحب النهر من إجراء الماء فيه، فإن كان الماء جاريًا إلى الأرض صاحب النهر وقت الخصومة، أو علم أنه كان يجرى إلى أرضه قبل ذلك، فإنه يقضى بالنهر لصاحب النهر إلا أن يقيم صاحب الأرض البينة أن النهر ملكه، وإن لم يكن الماء[1] جاريًا وقت الخصومة ولا علم جريانه إلى أرضه قبل ذلك فإنه يقضى لصاحب الأرض بالنهر إلا أن يقيم صاحب النهر البينة أن النهر كان ملكه.

١٨٦٣٩- وفى "المنتقى": قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله عن نهر عظيم الشرب لأهل قرى لا يحصون حبسه قوم فى أعلى النهر عن الأسفلين، وقالوا: هو لنا

---

(١) وفى الأصل: "النهر" مكان: "الماء".

وفى أيدينا، وقال الذين فى أسفل النهر: بل هو لنا كله، ولا حق لكم فيه، قال: إذا كان النهر يجرى إلى الأسفلين يوم يختصمون ترك على حاله يجرى كما يجرى، وشربهم منه جميعًا كما كان، وليس للأعلين أن يسكروه عنهم، وإن كان الماء منقطعًا عن الأسفلين يوم يختصمون، ولكن علم أنه كان يجرى إلى الأسفلين فيما مضى، وإن أهل الأعلى حبسوه عنهم، وأقام أهل الأسفل بينة أن النهر كان يجرى إليهم، وإن أهل الأعلى حبسوه عنهم أمر أهل الأعلى بإزالة الحبس عنهم، وإن لم يعلم كيف كان بينهم جعل على مساحة الأرضين يريد به إن لم يعلم كيف كان شرب أهل الأعلى، وأهل الأسفل من هذا النهر بعد العلم، بأن شرب الكل كان منه، وقد ادعى كل فريق اليد على النهر على سبيل الكمال، وليس لأحد الفريقين مزية على الآخر لا من حيث البينة ولا من وجه آخر يجعل النهر بينهم، وتكون قسمة الشرب على قدر مساحة الأراضى.

قلت: أرأيت هؤلاء الذين لا يحصون إذا ادعى بعضهم هذا النهر، وأقام البينة أنه لقرى معلومة لا تحصى أهلها، أيقضى بها لأهل تلك القرية بدعوى هذا، وأقام البينة، والمدعى عليهم لا يحصون، وقد حضر بعضهم، وفيهم[1] الصغير والكبير.

قال محمد رحمه الله: إذا كان هذا على ما تصف فإنما هذا النهر بمنزلة طريق من طريق المسلمين نافذ، فإن أقام قوم البينة أنه لهم دون غيرهم استحقوه، وخرج من أن يكون نهر الجماعة المسلمين، وصار لأهل تلك القرى خاصة، واكتفى القاضى بواحد من المدعين، وبواحد من المدعى عليهم، وإن كان النهر خاصًا لقوم معروفين يحصون لم يقض عليهم بحضرة واحد منهم، وقضى على من حضر منهم.

١٨٦٤٠- وإذا كان النهر بين قوم لهم عليهم أرضون، ولا يعرف كيف أصله بينهم، فاختلفوا فيه، واختصموا فى الشرب، فالشرب يقسم بينهم على قدر أراضيهم، فرق بين هذا وبين طريق مشترك بين جماعة لا يعرف كيف أصله بينهم، فاختصموا فى ذلك، فإنه يقسم بينهم على عدد الرؤوس لا على قدر أملاكهم حتى يعطى لصاحب القليل مثل أصاب صاحب الكثير، وإنما كان كذلك لأن صاحب الكثير مع صاحب القليل تفاوتا فى سبب الاستحقاق فى باب الشرب، فيتفاوتان فى الاستحقاق؛ لأن

(١) وفى الأصل وف: "منهم".

سببه حاجة الأرض إلى الشرب، وحاجة صاحب الكثير أكثر، فأما فى الطريق استويا فى سبب الاستحقاق، فيستويان فى الاستحقاق؛ لأن[1] سببه الحاجة إلى المرور والتطريق، وحاجة صاحب القليل فى المرور، وحاجة صاحب الكثير سواء، من الناس من قال: يقسم بينهم على مقدار الخراج، والصحيح ما قاله علماءنا رحمهم الله.

١٨٦٤١- نهر جار لرجل فى أرض رجل، فادّعى كل واحد منهما مسناة النهر، ولا يعرف فى يد من هى، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: يقضى بها لرب الأرض، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: يقضى بها لصاحب النهر، فيكون حريمًا للنهر، وفائدة هذا الاختلاف لا تظهر فى هذه المسألة؛ لأنه ليس لصاحب الأرض هدم المسناة بالإجماع، وإنما تظهر فى أن الزراعة والغراسة على المسناة إلى من يكون، وحاصل الخلاف راجع إلى أن صاحب النهر، هل يستحق حريمًا لنهره؟ عندهما يستحق، فيكون الحريم فى يد صاحب النهر تبعًا لنهره، فيكون له، وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: لا يستحق الحريم لنهره، فلا يكون المسناة فى يد صاحب النهر، كما ليست هى فى يد صاحب الأرض إلا أن المسناة أشبه بالأرض من النهر؛ لأن المسناة صالحة للزراعة والغراسة عليها كالأرض والنهر لا يصلح لذلك، فكان المسناة أشبه بالأرض من هذا الوجه، والأصل أن الاثنين إذا تنازعا فى شىء، وليس ذلك الشىء فى يد أحدهما غير أن فى يد أحدهما ما هو أشبه بما تنازعا فيه قضى بالمتنازع فيه للذى كان فى يده ما هو أشبه به، كما إذا تنازع اثنان فى أحد مصراعى باب هو موضوع على الأرض، والآخر معلق على باب أحدهما قضى بالموضوع لمن كان الآخر معلقًا على بابه، كذا ههنا.

١٨٦٤٢- وإذا كان لرجل نهر فى أرضه، فادّعى فيه رجل شرب يوم فى الشهر، وأقام على ذلك بينة قبلت بينته، قضى له بذلك استحسانًا؛ لأن هذه شهادة على شرب معلوم من غير أرض، والشهادة على شرب معلوم مقبولة، وإن كان الشرب بغير أرض والشرب ههنا معلوم، وهو يوم من ثلاثين يومًا.

ولو ادّعى شرب يومين فى الشهر، وشهد له أحد الشاهدين بشرب يوم فى الشهر، وشهد الآخر بشرب يومين فى الشهر، ذكر أن فى قياس قول أبى حنيفة رحمه

---

(١) وفى ظ وف وم: "لأنه".

الله : لا يقضى له بشيء ، وقياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : يقضى بالأقل وهو شرب يوم ، ذكر هذا الخلاف فى بعض نسخ هذا الكتاب ، ولم يذكر فى البعض .

قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله : إنما تكون هذه المسألة على الخلاف إذا شهدا على الإقرار بأن شهد أحدهما على إقرار المدعى عليه بشرب يوم لهذا المدعى ، وشهد الآخر على إقراره بشرب يومين ؛ لأن المشهود به الإقرار ، ولم يشهد على واحد من الإقرارين إلا شاهد واحد ، فتكون المسألة على الاختلاف ، كما لو شهد أحد الشاهدين على إقرار المدعى عليه بألف درهم للمدعى ، وشهد الآخر على إقرار المدعى عليه بألفى درهم ، فأما إذا لم يشهدا على الإقرار ، إنما شهدا على نفس الشرب ، فشهد أحدهما بشرب يوم ، وشهد الآخر بشرب يومين يجب أن تقبل الشهادة على شرب يوم ، وهو الأقل بالاتفاق ؛ لأنهما شهدا بالعين ، والشهادة بالعين تقبل على الأقل بالاتفاق ، كما لو شهد أحد الشاهدين بعبدين بأعيانهما لرجل ، وشهد الآخر بأحد العبدين بعينه لذلك الرجل تقبل الشهادة على العبد الواحد بلاخلاف ، كذا ههنا .

ولو شهدوا بشرب يوم ولم يسموا عدد الأيام بأن لم يقولوا من الشهر أو من السنة أو من الأسبوع[1] لا تقبل الشهادة بلا خلاف ؛ لأن المشهود به مجهول .

وإذا ادّعى عشر قناة أو عين ، وشهد شاهد بعشرها وشهد آخر بأقل إن كانت الشهادة على الإقرار فالمسألة على الخلاف ، وإن كانت الشهادة بالعين دون الإقرار قبلت الشهادة على الأقل بالاتفاق ؛ لما ذكرنا .

١٨٦٤٣ - وإذا ادّعى أرضًا على نهر شربها منه ، وشهد الشهود بالأرض له ، ولم يتعرضوا للشرب ، فإنه يقضى له بالأرض وبحصتها من الشرب ، وهذا لأن الشهادة بمطلق الملك شهادة بأولية الملك ، وأولية الملك فى الأرض إنما تثبت بالاختطاط ، وكانت الشهادة بمطلق الملك فى الأرض شهادة بالاختطاط والقسمة ، والشرب فى القسمة تبع للاختطاط والقسمة ، ولهذا قالوا : لا تصح القسمة من غير طريق ، وشرب كما لا تصح الإجارة ، فكانت الشهادة بمطلق الملك فى الأرض شهادة للشرب بخلاف البيع ؛ لأن

---

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى غيرها : "من الأسبوع ، ولم يشهدوا أن له فى رقبة النهر شيء لاتقبل الشهادة" .

البيع إيجاب ملك حادث، والشرب ليس بتابع للأرض فى الملك الحادث.

١٨٦٤٤ - ادّعى على رجل شراء أرض مع شربها بألف درهم، وجاء بشاهدين شهد أحدهما بشراء الأرض والشرب بألف درهم، وشهد الآخر بشراء الأرض وحده بألف درهم لا تقبل الشهادة، ولو كان هذا الآخر شهد أنه اشترى الأرض بكل حق هو لها أو شهد أنه اشترى الأرض بمرافقها قبلت الشهادة؛ لأن الشرب يدخل فى شراء الأرض بذكر هذه الألفاظ، فالشاهدان اتفقا على شراء الأرض والشراب معنى إلا أنهما اختلفا فى العبارة.

١٨٦٤٥ - وإذا كان نهر بين قوم لهم عليه أرضون، ولبعض أراضيهم شرب فى ذلك، ولبعضها دوالٍ وسوانٍ، وبعضها ليست لها سانية ولا دانية ولم يعرف شربها من ذلك النهر، ولا من نهر آخر إلا أنها على شاطئ ذلك النهر فاختصموا، وادّعى صاحب الأرض أن لها شرب فى هذا النهر فالقياس أن يكون هذا النهر بين أصحاب السوانى والدوالى، ولا يكون لأصحاب الأراضى التى لاسانية لها ولا دالية شىء، وفى الاستحسان: يقسم بينهم بالحصص.

وجه الاستحسان: فى ذلك أن المقصود من حق النهر سقى الأراضى، لا اتخاذ السوانى والدوالى، وفيما هو المقصود حالهم على السواء[1] فى إثبات اليد، فهو بمنزلة ما لو تنازعا فى حائط، ولأحدهما عليه هرادى أو يوارى.

وإن كان لهذه الأرض شرب معروف من غير هذا النهر، فلها شربها من ذلك النهر، وليس لها من هذا النهر شرب؛ لأن الأرض الواحدة لا يجعل شربها من نهرين عادة، فيكون شرب معروف لها من نهر آخر، دليل على أنه لا شرب لها من هذا النهر، وإن كانت على شطه، وإن لم يكن لهذه الأراضى شرب من نهر آخر، وقضينا بشربها من هذا النهر وكان لصاحبها أرض أخرى إلى جنبها ليس لها شرب معروف، فإنى أستحسن أن أجعل لأراضيه كلها إذا كانت متصلة الشرب من هذا النهر، وإن كان هذا النهر يصب فى أجمة، وعليه أراضٍ لقوم مختلفين، ولا يدرى كيف حاله، ولا لمن كان أصله، فتنازع أهل الأرض وأهل الأجمة فى النهر، وكل فريق يدّعيه، ذكر أنه يقضى

(١) وفى الأصل: "السواقى فى إثبات اليد" وفى م: "السوانى فى إثبات اليد".

برقبة النهر لأصحاب الأراضى بالحصص، ولايقضى لصاحب الأجمة من النهر بشيء غير أن أصحاب الأراضى لو أرادوا أن يمنعوا فضل الماء عن الأجمة ليس لهم ذلك، فصاحب الأجمة إذا أراد أن يمنعهم من تسييل فضل الماء إلى الأجمة ليس له ذلك.

١٨٦٤٦- فى "فتاوى الفضلى": رجل له أرضان على نهر: إحداهما: أعلى، والأخرى: أسفل، فادّعى أن شربهما من هذا النهر، وأنكر الشركاء شرب إحداهما بعينه إن لم يكن أن يسقى ذلك الأرض من نهر آخر، فالقول لصاحب الأرض؛ لأن الأرض لا تكون بدون الشرب.

١٨٦٤٧- سئل أبو القسم عن رجلين لهما نهر وعلى صفته أشجار، وكل واحد منهما يدعيها، قال: إن عرف غارسها، فهى له، وإن لم يعرف فما كان فى موضع مملوك لأحدهما خاصة، فهو له، وما كان فى موضع مشترك، فهو بينهما فى الحكم.

١٨٦٤٨- وسئل عمن له أشجار على صفة نهر ماذيانات، ونبت من عروقها أشجار فى الجانب الآخر من النهر، ولرجل فى هذا الجانب كرم بينه وبين هذا الجانب طريق، فادّعى كل واحد منهما هذه الأشجار، قال: إن عرف أنها نبت من عروق تلك الأشجار فهى له، وإن لم يعرف ذلك ولا عرف غارسه، فتلك الأشجار غير مملوكة لا يستحقه صاحب الكرم ولا صاحب الأشجار.

١٨٦٤٩- سئل أبو بكر عمن له ضيعة بحبب نهر ماذيان، وعلى صفة النهر أشجار يريد صاحب الضيعة بيعها، قال: إن نبتت الأشجار من غير منبت وأرباب النهر قوم لا يحصون، فهى لمن أخذها وقطعها، ولا أحب أن يبيعها صاحب الضيعة قبل أن يقطعها، ولو كان لها منبت، لكن لا يعرف، فهى كاللقطة.

١٨٦٥٠- وسئل عن أشجار على صفة نهر لأقوام يجرى ذلك النهر، فيجمع فى سكة غير نافذة، وبعض الأشجار فى ساحة لهذه السكة، فادّعى واحد أن غارسها فلان، وإنى وارثه، قال: عليه البينة، وإن لم يكن له بينة فما كان على حريم النهر، فهو لأرباب النهر، وما كان فى ساحة السكة، فهو لجميع أهل السكة -والله أعلم بالصواب.

الفصل الثامن
فى المتفرقات

١٨٦٥١- رجل له شرب من نهر من غير أرض مات صاحب الشرب وعليه ديون، فالقاضى ماذا يصنع بهذا الشرب؟ تكلم المشايخ فيه منهم من قال: يتخذ حوضًا، ويجمع ذلك الماء فيه فى كل يوم، ويبيعه بثمن معلوم، ويقضى دينه، ومنهم من قال: يطلب صاحب الأرض ليس لها شرب، ويضم ذلك الشرب إلى أرضه، ويبيعها برضاه، ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب وبدون الشرب، فيجعل تفاوت ما بينهما من الثمن مصروفًا إلى قضاء دين الميت، وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة هذا الميت أرضًا بغير شرب، وضم هذا الشرب إليه، وباعه ويصرف الثمن إلى قضاء ثمن الأرض المشتراه، فما وصل منه يقضى به دين الميت، وهو اختيار الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى رحمه الله.

١٨٦٥٢- فى البقالى: إذ باع أرضًا بشر بها، فللمشترى قدر ما يكفيها، وليس له جميع ما للبائع، ويجرى الإرث فى الشرب بدون الأرض، ويجوز الوصية به، ويعتبر من الثلث؛ لأن الشرب إما أن يعتبر بالأعيان أو بالمنافع، وبأىّ ذلك اعتبرنا يعتبر من الثلث، واختلف المشايخ فى كيفية اعتباره من الثلث، بعضهم قالوا: يسأل عن المقومين من أهل ذلك الموضع[١] أن العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بلا أرض بكم كان يشترى هذا الشرب فيما بينكم، فإن قالوا: يشترى بمائة درهم يعتبر خروجه من الثلث على هذا الوجه، وهو نظير ما قالوا: فيمن أتلف مدبّر إنسان يجب عليه قيمته، وطريق معرفة قيمته أن يسأل عن المقومين أن العلماء لو جوّزوا بيع المدّبر بكم يشترى هذا المدبر على أن يكون المشترى أحق بمنافعه دون رقبته، وعلى أن يعتق بموته، فإن قالوا: بمائة يجب ذلك القدر على المتلف، كذا ههنا، وأكثرهم على أنه يضم إلى هذا الشرب جريب من الأرض من أقرب ما يكون من هذا الشرب ينظر بكم يشترى مع الشرب وبدون

(١) وفى الأصل: "من العلماء".

الشـرب، فيكـون فضل ما بينهـما قيمة الشرب، فيجب اعتبار ذلك القدر من الثلث.

١٨٦٥٣- وإذا كان النهر بين قوم على شيء معلوم، فغصب الوالي نصيب واحد من الشركاء، فالباقي يكون بين جميع الشركاء، ويعتبر الغصب واردًا على الكل؛ لأن الشرب كان مشتركًا بين الكل، والغصب إذا ورد على بعض حق مشترك يعتبر واردًا على الكل، وإن قال الغاصب: أنا غصبت نصيب فلان لا غير، كذا ذكر في "الأصل"، وكذلك دار بين ثلاثة نفر مشاع، فغصب سلطان نصيب أحدهما، وقالا: غصبني إلا نصيب فلان، قال: هو بينهم جميعًا كما في الشرب.

١٨٦٥٤- قال محمد رحمه الله: سألت أبا يوسف عن هذا النهر الأعظم إذا كان لرجل عليه أرض وحدها، فنقص الماء، وحرز عن أرض، فألحده هذا الرجل، فأجازها إلى أرضه، قال: ليس له ذلك إذا كان يضر بالنهر؛ لأن ما انحسر عنه الماء حق عامة المسلمين، والتصرف في حق العامة لا يجوز إذا كان يضر بهم، وإن كان ذلك لا يضر بالنهر، فله ذلك بإذن الإمام عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما بإذنه، وبغير إذنه بمنزلة إحياء الموات، قال: وإذا حصنها من الماء، فقد أحياها؛ لأن هذا الأرض صالحة للزراعة، وإنما كان لا يتمكن من زراعتها لأجل الماء، فإذا حصّنا من الماء، فقد أحياها بخلاف سائر أراضي الموات، فإن في سائر أراضي الموات بمجرد التحصين لا يتم الإحياء.

١٨٦٥٥- قال محمد رحمه الله في "الأصل": ولو أن رجلا أحرق كلأ في أرضه، فذهبت النار يمينًا وشمالا، وأحرقت شيئًا لغيره، لم يضمن صاحب الأرض شيئًا.

قال شيخ الإسلام: قالوا: تأويل هذه المسألة إذا أوقد ما يوقد مثله في العرف والعادة، أما إذا أوقد ما لا يوقد مثله في العرف والعادة يصير ضامنًا، والجواب فيه كالجواب فيما إذا أوقد نارًا في داره.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله المسألة في شرحه: قال بعض مشايخنا: إذا أوقد النار في يوم ريح على وجه يعلم أن الريح يذهب بالنار إلى ملك غيره يكون

ضامنًا بمنزلة ما لو أوقد النار فى ملك غيره يكون ضامنًا، ألا ترى أن من صبّ فى المئزاب مائعًا، وهو يعلم أن تحت المئزاب رجل جالس، فأفسد ذلك المائع بعض ثيابه كان الذى صبّه ضامنًا، وإن كان قد صبّ فى ملك نفسه، كذا ههنا.

١٨٦٥٦- فى البقالى: إذا كان ماء النهر بين قوم على شيء معلوم، فخرّبه السيل، واحتاج إلى حفره فى أرض رجل لم يجبر على بيعها على كل حال.

١٨٦٥٧- فى "العيون": عين لرجل أو قناة أو نهر، لم يكن لأحد أن يسقى منها أرضه ولا زرعه، وإن اضطر إليه؛ لأن المرخص فى أخذ حق الغير خوف الهلاك على النفس، ولم يوجد مع هذا لو فعل ذلك، فلا ضمان، وهذا يؤيّد ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله فى غصب شرب يوم إلا أن لصاحب النهر أن يرفع الأمر إلى الإمام ليؤديه بما يرى من الجنس والضرب وأشباههما.

١٨٦٥٨- فى "النوازل": كرم بين أربعة نفر، وبجنب الكرم حائط لرجل خامس اشترى أحد الشركاء الأربعة الحائط، وأراد أن يسوق إليه ماءه يعنى نصيبه من ماء الكرم، والشركاء الثلاثة يمنعونه عنه، فإن أراد أن يسوق فى المجرى المشترك، فلهم منعه، وإن أراد أن يسوقه فى مجرى خاص له لم يكن لهم منعه، إذا كان شرب الحائط المشترى من هذا النهر.

١٨٦٥٩- فى "المنتقى": قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله عن نهر يجرى فى قرية بجنب تلك القرية على ذلك النهر شربهم للشفة ولدوابهم منه، وعليه غرس أشجارهم إلا أنه ليس لهم حق فى أصل النهر أراد أرباب النهر تحويل النهر عن تلك القرية، وفى ذلك خراب القرية، قال لهم ذلك، قال: وسألته عن رجل له قناة خالصة عليها أشجار لقوم أراد صاحب القناة أن يصرف قناته من هذا النهر، ويحفر له موضعًا آخر، قال: ليس له ذلك؛ لأن الأشجار التى على حافتى هذا النهر حق شرب من هذا الماء، ولو باع صاحب القناة القناة كان صاحب الشجر شفيع جوار.

١٨٦٦٠- وفيه أيضًا: قال أبو يوسف رحمه الله: لو رعى رجل بقره فى أجمة غيره، فهو ضامن لما رعى وأفسد، ألا ترى[1] إذا بيع قصبها وأدفع الأجمة معاملة قال:

---

(١) وفى الأصل: "ألا ترى أن بيع قصبها أو دفع الأجمة معاملة".

وليس شبه الآجام المروج، وفيه أيضًا: وقال أبو حنيفة: ليس لأحد أن يأخذ الكريت والفيروزج والقار إذا كان فى ملك رجل إلا بإذنه، وإن كان ينسب إلى قرية أنه من أرضها، فلا بأس بأن يأخذ ما لم يعلم له مالكًا، وكذلك الثمار فى الجبال والمروج، والأودية من الشجر الذى لم يغرسه الناس، وكذلك العسل يوجد فى الجبال والغِياض[1].

١٨٦٦١- فى "الواقعات" للناطقى: نهر بين قوم اصطلحوا على أن يقسموا لكل واحد منهم شربًا، وفيهم غائب فقدم، فله أن ينقض قسمتهم حتى يستوفى حقه إن لم يكونوا أوفوه، وإن كانوا أوفوه ليس له أن ينقض؛ لأنه لا يفيد النقض، وهذا بخلاف قسمة الدور والأرضين إذا كان واحد من الشركاء غائبًا، ولم يكن عن الغائب خصم إذا حضر، ولم يرضَ به كان له أن ينقض قسمتهم، وإن كانوا أوفوه حقه؛ لأن النقض هناك مفيد؛ لأنه متى أعاد القسمة ربما يقع فى نصيبه غير ما وقع فى نصيبه فى القسمة الأولى، ويكون ما وقع فى نصيبه فى الكوة الثانية أجود.

أما فى مسألة الشرب نقض[2] القسمة لا يفيد؛ لأنا لو نقضناها لأعدنا مثلها، وما يصيبه بالقسمة الثانية لا يتفاوت، فلا يكون النقض مفيداً.

١٨٦٦٢- ولو استأجر الرجل مرعى لدوابه بعبد أو أمة أو ثوب أو دراهم مسماة سنة، فالإجارة باطلة، ولا ضمان عليه فيما ادّعاه المستأجر، فإن كان الذى آجر المرعى قد قبض العبد، ثم أعتقه، أو باعه فعتقه، وبيعه فيه جائز؛ لأنه أعتق ما يملكه بحكم عقد فاسد.

فإن قيل: كان يجب أن لا يملك؛ لأن الإجارة وردت على العين، والإجارة على العين لا ينعقد لا جائزًا ولا فاسدًا، ألا ترى أن من استأجر نخيلا ليتخذ ثمرته بعبد، وقبض المؤاجر العبد لا يملكه؛ لأن الإجارة وردت على العين.

فكذا هذا الجواب عنه هكذا إذا وردت الإجارة على العين من كل وجه، وههنا

---

(١) وفى م: "العياض".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "فى نقض القسمة".

الإجارة كما وردت على العين وردت على المنفعة، فإن الدواب تكون في المرعى في حالة الرعي، واستئجار الأرض لكينونة الدابة من غير رعي جائز، فما يخصّ المنفعة يكون إجارة، وما يخصّ الكلأ يكون بيعًا إلا أنه بيع فاسد، وقد شرط في الإجارة، فكان فاسدًا بخلاف مسألة النخيل؛ لأن ثمة الإجارة وردت على العين من كل وجه، ولم يرد على المنفعة بوجه ما، فلم ينعقد أصلا.

فإن قيل: إذا وردت على المنفعة والعين كان ينبغي أن تجوز الإجارة، ويجعل العين تبعًا للمنفعة، كما لو استأجر وراقًا ليكتب بحبره أو ظئرًا.

قلنا: الحبر إنما اعتبر تبعًا؛ لأن الكتابة لا تتصور بدونها، والإجارة وردت على الكتابة، فاعتبر الحبر تبعًا لا مقصودًا، وكذا الإرضاع لا يتصور من غير لبن، فاعتبر اللبن تبعًا، فأما كينونة الدواب في هذه الأرض يتصور من غير رعي، فإنه لو استأجره لكينونة الدواب فيها، ولم يكن فيها كلأ كان جائزًا، فلما تصور كينونة الدواب في هذا المكان مقصودًا من غير رعي، واعتبر الكلأ مقصودًا لا تبعًا.

١٨٦٦٣- وإذا اتخذ الرجل مشرعة على شاطئ الفرات ليسقي منها السقاون، ويأخذ منهم الأجر، فهذا على وجهين: إما أن بنى هذه المشرعة على ملكه، أو بناه على ملك عامة الناس، فإن بناه على ملك نفسه إن آجرها منهم للاستقاء لم يجز، وإن آجرها بملكه؛ لأنها وقعت على استهلاك العين مقصودًا.

وإن آجرها ليقوم فيها السقاون، ويضعون فيها القرب، ويقوم فيها الدواب، فالإجارة جائزة؛ لأنه آجر ملكه لمنفعة معلومة ببدل معلوم فجاز، وكان بمنزلة ما لو آجر أرضًا له فيها كلأ على أن يقوم فيها الرعاة والدواب، ويخلي بينهم وبين الكلأ، فإنه يجوز وهي الحيلة إذا أرادوا إجارة المرعى حتى يجوز، ويصل كل واحد منهم إلى مراده ومقصوده.

وأما إذا بنى المشرعة على ملك عامة الناس، ثم آجرها من السقائين لا يجوز سواء آجر منهم للاستقاء، أو آجر منهم ليقوموا فيه، ويضعوا القرب ويقيموا الدواب كيف ما كان لا تجوز الإجارة في الحالين، أما إذا آجر للاستقاء[1]؛ لأنه آجر ما لا يملكه؛ لأن هذا

(١) وفي ظ: "الاستيفاء"

المكان ببناء المشرعة عليه لم يصر ملكًا، وإن كان لعامة المسلمين؛ لأنه لا ينقطع عنها ارتفاقهم، وما كان لعامة الناس إذا لم ينقطع عنها ارتفاق الناس لا تملك بالإحياء، وإذا لم يملكه[١] فقد آجر موضعًا لا يملكه للاستقاء، ولو آجر ما يملكه للاستقاء لم يجز، فههنا أولى، وإن آجر منهم لوضع القرب، وليقوموا فيه لا تجوز الإجارة أيضًا، ولا يستوجب عليهم أجرا؛ لأن هذا المكان بقى على ملك عامة الناس، فكل من استأجره، فإنما استأجر موضعًا له حق الانتفاع به من غير إجارة، وكان بمنزلة من آجر ملك إنسان من صاحب الملك كانت الإجارة باطلة، كذا ههنا.

فإن قيل: للآجر حق الانتفاع بهذا المكان، وفى هذه الإجارة نوع انتفاع به.

قلنا: له الانتفاع بشرط أن لا يضر بغيره، ومتى استوجب الأجر أضر بالغير، وليس له مثل هذا الانتفاع.

١٨٦٦٤ - قال محمد رحمه الله فى آخر كتاب الشرب: رجل بنى حائطًا من حجارة على الفرات، فاتخذ عليها رحى، أو بنى فى طريق المسلمين بناء، فخاصمه فى ذلك واحد من المسلمين، أو من أهل الذمة سوى العبيد أو الصبيان، فإنه يقضى عليه بهدمه، سواء كان يضر بعامة المسلمين أو لا يضر بهم، هكذا ذكر.

وقال محمد بن سلمة البلخى: لا يقضى عليه بالهدم إذا لم يضر بالمسلمين؛ لأن المخاصم متعنت فى الخصومة إذا لم يكن فى صنعه ضررًا بالمسلمين.

وجه ما ذكر فى الكتاب: أن المخاصم ليس بمتعنت؛ لأن هذا الصنع وإن كان لا يضر بالمسلمين فى الحال عسى يضر بهم فى الثانى؛ لأنه يجوز أن يكثر الزحمة فى الطريق، فلا يجد الناس سبيلا إلى التطرق فى ذلك المكان، وأبوالقاسم الصفار يقول: إنما يلتفت إلى خصومة المخاصم إذا لم يكن للمخاصم فى طريق العامة، وفى الفرات مثل ما للذى يخاصم معه، أما إذا كان للمخاصم مثل ما للذى يخاصم معه لا يلتفت إلى خصومته؛ لأنه متعنت فى هذه الخصومة؛ لأن لو أراد دفع الضرر عن العامة ليبدأ بنفسه، فلما لم يبدأ بنفسه علم أن قصده التعنت.

---

(١) وفى م وف: "لم يملكه بما صنع فقد آجر".

وقد نقل عنه ما هو من جنس هذه المسألة، وصورتها: نهر فى سكة غير نافذة غرس رجل على شطه فى قناة داره شجرة، فأراد رجل من جملة الشركاء أن يقلع تلك الشجرة، وفى تلك السكة أشجار مثلها، ولم يتعرض هذا الرجل لما سوى هذه الشجرة، قال: ليس له ذلك؛ لأنه متعنت وليس بمحتسب؛ لأنه لو كان محتسبًا لتعرض لجميع الأشجار التى فى هذه السكة، ولم يذكر محمد رحمه الله: أن البانى فى طريق المسلمين وفى الفرات، هل يأثم؟ فالجواب أنه إن كان لا يضر بالمسلمين لا يأثم، وإن كان يضر بالمسلمين يأثم إلا أنه فى الحالين: إذا خاصم فى ذلك من يسمع خصومته فى حقوقه، يقضى عليه بالهدم أضر بالمسلمين، أو لم يضر.

هذا إذا بنى على طريق العامة لنفسه، فأما إذا بنى للمسلمين بأن بنى فى بعض الطريق مسجدًا، ولا يضر للمسلمين لا ينقض.

وروى الفقيه أبو جعفر عن هشام عن محمد رحمه الله: أنه قال: لا بإس بأن يجعل شيء من الطريق مسجدًا أو شيء من المسجد طريقًا، لأن الحق فى كل واحد من الأمرين لعامة المسلمين.

١٨٦٦٥- فى الفتاوى لأبى الليث: نهر يجرى فى سكة يحفر فى كل سنة مرة أو مرتين، ويجتمع فى السكة تراب كثير، فإن كان التراب على حريم النهر، فليس لأهل السكة أن يكلفوا أرباب النهر بنقل التراب، وإن كان التراب جاوز حريم النهر، فلهم ذلك، وقد مر جنس هذا، وهذا التفصيل إنما يتأتى على قولهما، أما لا يتأتى على قول أبى حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا يرى الحريم للنهر.

١٨٦٦٦- نهر كبير يتشعب منه نهر صغير، فخرب فوهة النهر الصغير، وأرادوا إصلاحه، فإصلاح الدرقة على أصحاب النهر الصغير؛ لأنهم هم الذين ينتفعون به، والغرم على من له الغنم.

١٨٦٦٧- نهر كبير ونهر صغير وبينهما مسناة احتيج إلى إصلاحها، فإصلاحها على أهل النهرين، والنفقة عليهما نصفان، ولا يعتبر قلة الماء وكثرته كجدار بين رجلين حمولة أحدهما عليه أكثر احتيج إلى النفقة عليه كانت النفقة عليهما نصفان، رجل له مجرى ماء فى دار رجل، فخرب المجرى، فأخذ صاحب الدار صاحب المجرى على

إصلاحه لا يجبر صاحب المجرى على إصلاحه، وهذا كرجل له مجرى على السطح، فخرب السطح لم يكن لصاحب السطح أن يأخذ صاحب المجرى بإصلاح سطحه، فإن كان النهر مملوكًا لصاحب النهر أمر بإصلاحه، وقيل: إصلاح النهر على صاحب المجرى، وليس هذا كالسطح؛ لأن الماء الذى يجرى فى النهر ملكه، فهو الذى يستعمل النهر بملكه، فيكون إصلاحه عليه، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله إذا كان مسيل ماء سطح رجل على سطح جاره، فخرب سطح الجار، فإصلاح المجرى على صاحب السطح الذى يجرى الماء على سطحه، سئل الفقيه أبو بكر عمن له داران متصلتان: إحداهما: عامرة، والأخرى: خراب، وكان مصب مئزاب العامرة وملقاء ثلجها فى الخراب، فباع الدار الخراب، فللمشترى أن يمنعه عن صب الماء، وإلقاء الثلج فى داره، وإن كان البائع استثنى لنفسه المصب وإلقاء الثلج، فاستثناء الثلج باطل، واستثناء مصب الماء جائز؛ لأن المعاملة جرت فى مسيل الماء دون إلقاء الثلج.

قال الفقيه أبو الليث: إذا كان له مئزاب فى تلك الدار، ومسيل ماء سطحه إليها، وعرف أن ذلك قديم فمسيله على حاله وإن لم يشترط، وكذا إذا كان مسيل سطوحه إلى دار رجل، وله فيها مئزاب قديم، فليس لصاحب الدار منعه عن مسيل الماء، وهذا استحسان جرت به العادة، وعليه الفتوى.

١٨٦٦٨- فى "فتاوى أهل سمرقند": رجل له مسيل ماء فى دار غيره، باع صاحب الدار داره مع المسيل، ورضى به صاحب المسيل، فله أن يضرب بحصة المسيل فى الثمن، وإن كان له المجرى دون الرقبة، فلا شيء له من الثمن؛ لأن الشرب بانفراده لا حصة له من الثمن.

وفى كتاب الشرب من الأصل ما يدل على أن للشرب حصة من الثمن، فإنه قال: إذا شهد أحد الشاهدين بشراء الأرض وحدها بألف درهم وشهد الآخر بشراء الأرض مع شربها بألف درهم لا تقبل الشهادة؛ لأن الذى شهد بشراء الأرض مع الشرب جعل بعض الثمن بمقابلة الشرب، فظن بعض مشايخنا أن ما ذكر فى فتاوى أهل سمرقند خطأ، وليس كما ظنوا؛ لأن موضوع مسألة كتاب الشرب أن مالك الأرض والشرب واحد، وأن الشرب بيع مع الأرض، وللشرب حصة من الثمن إذا بيع مع الأرض،

وموضوع هذه المسألة أن الشرب لغير مالك الرقبة، فكان بيع الشرب حق صاحب الشرب بانفراده لا تبعًا للأرض، والشرب بانفراده لا حصة له من الثمن، ولو لم يبع صاحب الدار داره، ولكن قال صاحب المسيل: أبطلت حقي في المسيل، فإن كان له إجراء الماء دون الرقبة بطل حقه، وإن كان له الرقبة لا يبطل حقه؛ لأن الملك في الأعيان لا يقبل الإبطال -والله أعلم-.

كتاب الأشربة

هذا الكتاب يشتمل على خمسة فصول :

الفصل الأول : في بيان أنواع ما يتخذ من الأشربة من العنب وأحكامها .

الفصل الثاني : في بيان ما يتخذ من التمر والزبيب .

الفصل الثالث : فيما يتخذ من الحبوب نحو الحنطة والذرة والإجاص والفرصاد والشهد والفانيد وغير ذلك .

الفصل الرابع : في وجوب حد الشرب .

الفصل الخامس : في المتفرقات .

الفصل الأول
فى بيان أنواع ما يتخذ من الأشربة من العنب وأحكامها

١٨٦٦٩- فنقول: ما يتخذ من الأشربة من العنب أنواع: الخمر، والباذق المنصف والمثلث، والنحنح، وهو الجمهورى عند بعض المشايخ، وعند بعضهم الحميدى، ويسمى أبو يوسفى.

فأما الخمر فهو النىء من ماءه إذا غلى واشتد، وقذف بالزبد، وصار أسفله أعلاه، وعندهما: لا يعتبر الزبد، ولا اعتبار لكونه قاذفًا، وإذا ابتدأ فى الحموضة وفيه مرارة لا يحل شربها عند أبى حنيفة خلافًا لهما.

ولها أحكام:

١٨٦٧٠- منها: أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لا يعفى عنها إذا زاد على قدر الدرهم، ومنها: أنه يكفر مستحلها؛ لأن من استحلها فقد أنكر الكتاب والأخبار المتواترة وإجماع الأمة.

١٨٦٧١- ومنها: أنه لا يجوز الانتفاع بها، قال عليه الصلاة والسلام: «إن الذى حرم شربها وحرم بيعها»[1]، والانتفاع بها فى بعض الروايات.

١٨٦٧٢- ومنها: أنه يجب الحد بشربها وإن أقل المشروب.

---

(١) أخرجه الإمام مسلم فى "صحيحه" ٣/ ١٢٠٦ حديث (١٥٧٨) وابن حبان فى "صحيحه" أيضًا ١١/ ٣١٧، ١١/ ٣١٩ حديث (٤٩٤٢) وأبو عوانة فى "مسنده" ٣/ ٣٦٩ حديث (٥٣٤٨) ٥/ ١٠٨ حديث (٧٩٨٦) والدارمى فى "سننه" ٢/ ١٥٦ حديث (٢١٠٣) وفى ٢/ ٣٣٣ حديث (٢٥٧١) وسعيد بن منصور فى "سننه" ٤/ ٠ حديث (٨٢١) وفى ٤/ ١٦٠٨ حديث (٨٢٢) والبيهقى فى "الكبرى" ٦/ ١١ حديث (١٠٨٢٥) والشافعى فى "مسنده" ١/ ٢٨٣، والنسائى فى "الكبرى" ٤/ ٥٢ حديث (٦٢٦٠) وفى "المجتبى" ٧/ ٣٠٧ حديث (٤٦٦٤) والربيع فى "مسنده" ١/ ٢٤٦ حديث (٦٢٤) ومالك فى "الموطأ" ٢/ ٨٤٦ حديث (١٥٤٣) وأحمد فى "مسنده" ١/ ٢٤٤ حديث (٢١٩٠) والطبرانى فى "الأوسط" ٩/ ٣٢ حديث (٩٠٤٨) والحميدى فى "مسنده" ٢/ ٤٤٧ حديث (١٠٣٤) وأبو يعلى فى "مسنده" ٤/ ٣٥٣ حديث (٢٤٦٨) والطبرانى فى "الكبير" ١٠/ ٣٣٩ حديث (١٠٨٤٢).

١٨٦٧٣- قال محمد رحمه الله في "الأصل" : إذا طرح في الخمر ريحان يقال له : سوسن حتى يوجد رائحته ، فلا ينبغي أن يدهن أو يتطيب بها ، ولا يجوز بيعها وإن تغيرت رائحتها بماء ألقي فيها ؛ لأنها لم تصر خلا بماء ألقي فيها ، والخمر ما لم يصر خلا لا يجوز الانتفاع بها ، ولاتمتشط المرأة ، وهو عادة بعض النساء ، قيل : إنها تزيد في بريق الشعر ، ولا يداوى بها جرحًا في بدنه أو دبر دابته ، ولا يحتقن بها ولا يقطر في الإحليل ، ولو عجن الدقيق بالخمر وخبز يكره أكله ، وكذلك لو وقعت الحنطة في الخمر ، يكره أكل الحنطة قبل الغسل ، فإن غسلت ، فطحنت أو لم تطحن ، ولم يوجد منه رائحة الخمر ولا طعمها ، لا بأس بأكله ، قيل : هذا إذا لم تنتفخ[1] الحنطة ، فأما إذا انتفخت فعلى قول محمد رحمه الله لا تطهر أبدًا ، ولا يحل الأكل ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله : يغسل ثلاث مرات ويجفف في كل مرة ويطهر ، ويحل الأكل ، وعلى هذا إذا طبخ اللحم في الخمر فعلى قول محمد : لا يحل أكله أبدًا ، وعلى قول أبي يوسف : يغلى ثلاث مرات بماء طاهر ، ويبرّد في كل مرة .

١٨٦٧٤- وإذا طرح في الخمر سمك أو ملح أو خل أو ربا حتى صار مضافًا لا بأس به ؛ لأن ما يدخل السمك والملح والخل من أجزاء الخمر صار خلا ، ذكر المسألة في الأصل مطلقًا من غير تفصيل .

وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه كان يفصل الجواب في ذلك تفصيلا ، وكان يقول : إن كان السمك أو الخل مغلوبًا بالخمر يطهر إذا صار حامضًا ، ويحل أكله ، وإن كان السمك أو الملح غالبًا لا يطهر ولا يحل تناوله وإن صار حامضا ، وكان يقول : إن الملح الملقى في الخمر والسمك مغلوبًا كان أو غالبًا يتنجس بمجاورة الخمر إياه ، ولا يصر خلا حتى يطهر ، فبقي نجسًا على حاله ، فيوجب تنجّس الخل بحكم المجاورة ، ولكن أسقطنا اعتبار الملقى إذا كان قليلا ضرورة تخليل الخمر ، ولا ضرورة فيما إذا كان الملقى كثيرًا ، فيرد إلى ما يقتضيه القياس ، فهذا سمك نجس وملح نجس ، فلا يحل تناوله وإن صار حامضًا ، وهكذا فصّلوا الجواب في خل ابكنه أن الماء إن كان هو الغالب لا يطهر وإن صار خلا ، ولا يحل تناوله ، وإن كان العصير هو الغالب يطهر إذا صار خلا ويحل

---

(١) وفي ظ : "لم تنفتخ".

تناوله إلا أن الصحيح أنه يطهر فى الحالين، وإطلاق محمد رحمه الله فى الكتاب يدل عليه.

١٨٦٧٥- وإذا طبخ الخمر فى مرق بمنزلة الخل لا يؤكل؛ لأن هذا مرق نجس، ولا يحد إذا حسا منه ما لم يسكر، ويكره إن يبلّ الطين بالخمر وأن يسقى الدواب.

١٨٦٧٦- قال بعض مشايخنا: لو نقل الدابة إلى الخمر لا بأس به، ولو نقل الخمر إلى الدابة يكره، وكذا قالوا: فيمن أراد تخليل الخمر ينبغى أن يحمل الخل إلى الخمر فيصب فيها، أما لو نقل الخمر إلى الخل يكره، وقال بعض المشايخ: لا بأس به فى الوجهين جميعًا، ألا ترى أنه إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومن الظل إلى الشمس لا يكره، وقد حصل حل الخمر، والصحيح الأول.

١٨٦٧٧- ولو سقى شاة خمرًا، ثم ذبحت من ساعته، لا بأس بلحمها، وكذلك إذا حلب منها اللبن، لا بأس بشربه.

١٨٦٧٨- ويكره شرب دردى الخمر؛ لأن فيه بعض أجزاء الخمر، ولا حد عليه أن لم يسكر؛ لأن أجزاء النقل غالب على أجزاء الخمر، وإن جعل فى خل، فلا بأس بشربه؛ لأن ما فيه من أجزاء الخمر يصير خلا.

١٨٦٧٩- وإذا طبخت الخمر حتى ذهب ثلثاه لا يصير خلا؛ لأن النار لا أثر له فى إثبات الخل بخلاف العصير يطبخ حتى يذهب ثلثاه، وإذا خاف على نفسه العطش، فيجد خمرًا يشربها إن كان ذلك يدفع عطشه، ثم يشرب بقدر ما يرد عطشه ويرويه، ولا يشرب الزيادة على الكفاية كما فى الميتة.

وأما الباذق: فهو النىء من ماء العنب إذا طبخ أدنى طبخة وغلى واشتدّ، وقذف بالزبد، حرم قليله وكثيره عند علماءنا رحمهم الله خلافًا لأصحاب الظواهر الإصفهانى وغيره: ولا يحد شاربه، ولا يفسق ما لم يسكر، ولا يكفر مستحله، ونجاسته غليظة، أشار فى ظاهر الرواية أن كل ما كان حرامًا شربه إذا أصاب الثوب أكثر من قدر الدرهم منع جواز الصلاة، والباذق مما لا يحل شربه.

وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول على قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهم الله: يجب أن يكون نجاسة خفيفة حتى يعتبر فيه الكثير

الفاحش ؛ لأن الأخبار قد تعارضت فى إباحته وحرمته ، فإن قوله عليه السلام : «حرمت الخمر لعينها»[١] ، والسكر من كل شراب يدل على إباحته وطهارته ، وتعليق عمر رضى الله عنه الحل بذها ب الثلثين يدل على حرمته ونجاسته ، وإذا تعارضت الأخبار فى ذلك أوجب خفة فى نجاسته كبول ما يؤكل لحمه ، ويجوز بيعه فى قول أبى حنيفة خلافًا لهما ، والقياس ما قال أبو حنيفة رحمه الله ؛ لأن حرمة الباذق دون حرمة الخمر بدليل ما ذكرنا من الأحكام ، فحرمنا شربه ، ولم نحرّم الانتفاع به فيما سوى الشرب إظهارًا للتفاوت بينهما فى الحرمة ، ألا ترى أن الدهن الذى وقع فيه الفأرة ، وماتت ، جاز الانتفاع به فيما سوى الأكل ، ولم يجز الانتفاع بودك الميتة ، وكان ذلك لإظهار التفاوت بينهما إلا أنهما تركا القياس فى حق البيع ؛ لأنا لو أطلقنا فى بيعه لا يجد الناس لها سوقًا على حدة فى دار الإسلام ، فيؤدى إلى إظهار بيع السكر فى دار الإسلام ، وإنه قبيح حتى روى عن أبى يوسف رحمه الله : أنه إذا باع خفية يجوز .

هذا كله إذا كان غلى واشتد وقذف بالزبد ، فأما إذا لم يشتدّ بعد وكان حلوًا هل يحل شربه؟ ففيه كلمات تأتى بعد هذا -إن شاء الله- .

١٨٦٨٠- وأما المنصف : فهى التى[٢] من ماء العنب إذا طبخ حتى ذهب نصفه وبقى نصفه ، فحكمه حكم الباذق ، وإن طبخ حتى ذهب أكثر من نصفه ، فحكمه حكم الباذق والمنصّف فى ظاهر الرواية .

وروى عن أبى يوسف رحمه الله فى "النوادر" : أنه إذا كان الذاهب أكثر من النصف يحل شربه ، وإن غلى واشتدّ ، وجه هذه الرواية أنه ذهب أحد الثلثين بكماله ، وذهب من الثلث الآخر أكثره ، فيقام مقام كله ، وكأنه ذهب بالطبخ ثلثاه ، وبقى ثلثه ، وذلك حلال .

---

(١) أخرجه البيهقى فى "الكبرى" ١٠/ ٢١٣ حديث (٢٠٧٣٦) ، والإمام الطحاوى فى "معانى الآثار" ٤/ ٢٢١ ، وأبو المحاسن فى "معتصر المختصر" ١/ ٢٨٠ والزيلعى أيضًا فى ٤/ ٣٠٦ ، ثم قال : رواه العقيلى فى "كتاب الضعفاء" فى ترجمة محمد بن الفرات ، وأعله باب الفرات ، ونقل عن يحيى بن معين : أنه قال فيه : ليس بشىء ، ونقل عن البخارى أنه قال : منكر الحديث ، وقال العقيلى : لا يتابع عليه .

(٢) وفى الأصل : "النيء" .

١٨٦٨١- وأما المثلث : فهى التى[1] من ماء العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقى الثلث ، وإنه حلال مادام حلواً .

وإذا غلى واشتد ، وقذف بالزبد ، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف : يحل شربه ما دون السكر لاستمرار الطعام والتداوى والتقوى على طاعة الله تعالى خصوصًا فى ليالى رمضان ، ولا يحل شربه للهو والطرب ، وكذا لا يحل السكر منه ، وقال محمد رحمه الله والشافعى : لا يحل شربه أصلا ، قليله وكثيره فى ذلك على السواء ، حجة محمد والشافعى رحمهما الله قوله عليه السلام : «كل مسكر حرام»[2] ، وحجة أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ﴾[3] الآية ، الله تعالى بين الحكمة فى تحريم الخمر فى هذه الآية ، وهو الصدّ عن ذكر الله وإيراث العداوة والبغضاء ، وهذه المعانى لا تحصل بشرب القليل لو خلينا ، وظاهر هذه الآية لقلنا : لا يحرم القليل من الخمر ، لكن تركنا قضية ظاهر الآية فى قليل الخمر بالإجماع ، ولا إجماع فيما عداه ، فبقى على ظاهر الآية .

وفى الحاوى : سئل أبو بكر عن العصير إذا وضع فى الشمس حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه قال : لا بأس به ، وهو بمنزلة طبخه بالنار .

وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه سئل عن هذا فقال : لا بأس به ، وعن سفيان الثورى أنه كان يكرهه .

---

(١) وفى الأصل : "النىء" .

(٢) والحديث أخرجه البخارى فى "صحيحه" ٤/ ١٥٩٧ حديث (٤٠٨٧) ومسلم أيضًا فى "صحيحه" ٣/ ١٥٨٦ حديث (١٧٣٢-٢٠٠٢) وابن حبان أيضًا فى "صحيحه" ١٢/ ١٨٣ ، ١٩١ ، ١٩٦ ، ١٩٨ حديث(٥٣٦٠ ، ٥٣٦٨ ، ٥٣٧٥ ، ٥٣٧٧ ، ٥٣٨٣ ، ٥٤٠٤) والحاكم فى "المستدرك" ١/ ٥٣١ حديث (١٣٨٧) وفى ٤/ ١٦٤ حديث (٧٢٣٨) ، والضياء فى الأحاديث المختارة ٤/ ٣٧١ حديث (١٥٣٨) وفى ٧/ ٢٠٤ حديث (٢٤٤١) و(٢٦٤٣) ، والترمذى فى "سننه" ٤/ ٢٩١ حديث (١٨٦٤) والدارمى أيضًا فى "سننه" ٢/ ١٥٤ حديث (٢٠٩٨) والبيهقى فى "الكبرى" ٨/ ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٢٩٦ ، ٢٩٨ ، ٣٠٥ ، وأبو داود فى "سننه" ٣/ ٣٢٨ حديث (٣٦٨٤) والنسائى فى "سننه" ٨/ ٢٩٦ حديث (٥٥٨٢) وابن ماجه فى "سننه" ٢/ ١١٢٣ حديث (٣٣٨٧) وغيرها .

(٣) سورة المائدة : الآية٩٠ .

وأما النحنح وفارسيته «بخنه» فقد اختلف المشايخ فى تفسيره، قال الحاكم أبو محمد الكفينى : هو العصير الذى صب فيه الماء وطبخ حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه، فيكون الذاهب من العصير أقل من الثلثين منسوب إلى جمهور الناس، وهو جلهم كأنه شراب متخذه جل الناس، فإن كان تفسير هذا، فما دام حلوًا يحل شربه، وإذا غلى واشتدّ، وقذف بالزبد لايحل شربه عند علماءنا جميعًا قليله وكثيره فيه سواء.

قال بعضهم : النحنح[1] الحميدى منسوب إلى رجل اسمه حميد استخرجه واتخذه، وصورته أن يصب الماء على المثلث حتى يرق، ويترك حتى يشتد، وإنه يحل شربه عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ما دون السكر، وسمى هذا النوع أبو يوسفى؛ لأن أبا يوسف كثيرًا ما كان يستعمل هذا، وهل يشترط لإباحته عندهما بعد ما صبّ الماء فيه أدنى طبخة؟ اختلف المشايخ فيه.

كان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول : يشترط؛ لأن المثلث بمنزلة الزبيب؛ لأنه بالطبخ انضم الأجزاء بعضه فى بعض كما لو زبّب العنب، فإذا صب فيه الماء صار بمعنى نقيع الزبيب، ونقيع الزبيب إذا غلى واشتدّ، ولم يكن مطبوخًا أدنى طبخة لايحل تناوله، وكان الشيخ الإمام عبد الله الخيراحوى والحاكم الإمام أبو محمد الكفينى يقولان : لا يشترط، ووجهه ظاهر.

وقال هشام : سألت أبا يوسف رحمه الله عن ذلك، قال : خمر اجتنبه، أشار إلى حرمته.

---

(١) وفى ظ : "النجيح".

الفصل الثانى
فى بيان ما يتخذ من التمر والزبيب

١٨٦٨٢- فنقول : ما يتخذ من الشراب من الزبيب فنوعان : نقيع ونبيذ، فالنقيع منه أن ينقع الزبيب فى الماء، ويترك أيامًا حتى يستخرج الماء حلاوته، والنبيذ منه أن يطبخ الزبيب أدنى طبخة، فأما النقيع : فإن لم يطبخ أصلا فما دام حلوًا يحل شربه، وإذا غلى واشتدّ وقذف بالزبد لا يحل شربه لحديث ابن عمر رضى الله عنهما، فإنه سئل عن نقيع الزبيب، فقال : هى الخمر فاجتنبها، وإذا طبخ أدنى طبخة فهو النبيذ، ويحل شربه ما دام حلوًا، وإذا غلى واشتدّ، وقذف بالزبد، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فى ظاهر الرواية : يحل الشرب، وعلى قول محمد والشافعى رحمهما الله : لا يحل.

روى هشام فى "نوادره" عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله : أنه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ، إنه لا يحل.

قال الفقيه أبو جعفر : يجوز أن يكون فى المسألة روايتان، ويجوز أن يكون فى المسألة رواية واحدة، ولكن اختلف الجواب لاختلاف الموضوع موضوع ما ذكر فى ظاهر الرواية أنه ألقى قفيز من زبيب فى جرة من ماء إذا كانت الحالة هذه يكفى للأباحة أدنى طبخة؛ لأن ماء الجرة وقد ألقى فيه قفيز من زبيب فى الغلظ كالمنصف من غير طبخ.

وإذا طبخ أدنى طبخة يلحق بالمثلث، وموضوع ما ذكر فى رواية هشام : أنه جعل قفيزًا من زبيب فى ثلاث جرار من ماء، ومتى كانت الحالة هذه شرط للإباحة ذهاب الثلثين بالطبخ؛ بأن ماء الجرار والحالة هذه يكون بمنزلة العصير فى الرقة، وفى العصير يشترط ذهاب الثلثين، فكذا ههنا.

١٨٦٨٣- وما يتخذ من الشراب من التمر، فأنواع ثلاثة : السكر، والفضيخ، والنبيذ، أما السكر فهى التى من ماء الرطب، وإنه حلال مادام حلوًا، وإذا غلى واشتد،

وقذف بالزبد، فهو حرام عندنا.

ومن الناس من أباحه، والصحيح مذهبنا؛ لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه سئل عن السكر قال: هى الخمر ليس لها كسبة، وكان على رضى الله عنه يشدّد فى تحريم النهر.

وأما الفضيخ: فهى التى من ماء البسر المذنّب، وهذا الاسم مشتق من الفضخ وهو الكسر، فالبسر المذنّب يكسر، ويجعل فى جب، ويصب عليه الماء الحار ليخرج حلاوته، فسمى ذلك فضيخًا لكونه مستخرجًا من البسر المفضوخ، وإنه حلال مادام حلوًا، وإذا غلى واشتدّ، وقذف بالزبد، فهو حرام عندنا، ولكن ليس حرمة السكر والفضيخ نظير حرمة الخمر، فإن عند أبى حيفة رحمه الله يجوز بيع السكر والفضيخ، ولا يجب الحد بشرب القليل منه، وإذا أصاب الثوب أكثر من قدر الدرهم، لا يمنع جواز الصلاة.

وأما نبيذ التمر فهو ماء التمر إذا طبخ أدنى طبخة، وغلى واشتدّ، وقذف بالزبد، وإنه حلال عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف لاستمرار الطعام والتداوى، والسكر منه حرام، وهو قول محمد رحمه الله أولا، ثم رجع وقال: لا يحل شربه، وهو قول الشافعى رحمه الله، والخلاف فى هذا نظير الخلاف فى ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة، وفى المثلث من ماء العنب -والله أعلم-.

الفصل الثالث
فيما يتخذ من الحبوب نحو الحنطة والذرة والشعير والإجاص والفرصاد والشهد والفانيد وغير ذلك

١٨٦٨٤ - فنقول: ذكر محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" عقيب ذكر الخمر ونقيع الزبيب والسكر، وما سواها من الأشربة، فلا بأس به، وهذا الجواب على هذا البيان، والعموم لايوجد في غير هذا الكتاب، وهذا نص أن ما يتخذ من الحنطة والشعير حلال لا يجب الحد به وإن سكر منه، وإذا طلق امرأته لايقع، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله.

وعن محمد رحمه الله: أنه حرام يجب الحد بالسكر منه، وإذا طلق امرأته يقع الطلاق بمنزلة طلاق السكران، وكذلك نبيذ الشهد والفانيد، ولا خلاف أنه ما دام حلواً يحل شربه، فأما إذا غلي واشتدّ، فإن كان مطبوخًا أدنى طبخة يحل شربه على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأن نقيع الزبيب والتمر بهذه الصفة، يحل مع أن التمر والعنب أصل الخمر.

قال عليه الصلاة والسلام: «الخمر من هاتين الشجرتين»[1]، وأشار إلى النخلة والكرم، فلأن نخل هذه الأشربة بعد الطبخ أدنى طبخة أولى، وعند محمد والشافعي: يكره كما في نبيذ التمر والزبيب، وإن لم يكن مطبوخًا وقد غلي واشتدّ.

---

(١) أخرجه مسلم في "صحيحه" ٣/ ١٥٧٣ حديث (١٩٨٥) وابن حبان في "صحيحه" ١٢/ ١٦٣ حديث (٥٣٤٤) وأبو داود في "سننه" ٣/ ٣٢٧ حديث (٣٦٧٨) وابن ماجه أيضًا في "سننه" ٤/ ٢٩٧ حديث (١٨٧٥) وأبو عوانة في "مسنده" ٥/ ٩٥ حديث (٧٩١٧-٧٩١٨)، والبيهقي في "الكبرى ٨/ ٢٨٩ حديث (١٧١٢٧) والنسائي في "سننه الكبرى" ٣/ ٢١٠ حديث (٥٠٨٣) وفي "المجتبى" ٨/ ٢٩٤ حديث (٥٥٧٣) وابن ماجه في "سننه" ٢/ ١١٢١ حديث (٣٣٧٨) وابن أبي شيبة في "مصنفه" ٥/ ٦٨ حديث (٢٣٧٦٣) وعبد الرزاق أيضًا في "مصنفه" ٩/ ٢٣٤ حديث (١٧٠٥٣) والطحاوي في "معاني الآثار" ٤/ ٢١١، وأحمد في "مسنده" ٢/ ٢٧٩، ٤٠٨، ٤٠٩، ٤٩٩، ٥٢٦، والطيالسي في "مسنده" أيضًا ١/ ٣٣٥ حديث (٢٥٦٩) وأبو يعلى أيضًا في "مسنده" ١٠/ ٣٩٨ حديث (٦٠٠٢) وغيرها.

فعن أبي حنيفة أبي يوسف رحمهما الله روايتان: ذكر في كتاب الأشربة في موضع: أن الطبخ شرط، ووجهه القياس على نقيع الزبيب أو التمر، ولم يشترط الطبخ في موضع آخر وهو الأظهر، والسكر من هذه الأشربة حرام؛ لأنه سبب لزاول العقل - والله أعلم-.

الفصل الرابع
فى وجوب حد الشرب

١٨٦٨٥- ويجب الحد فى الخمر بنفس الشرب، وفيما سوى الخمر من الأشربة، لا يجب الحد بنفس الشرب، وإنما يجب بالسكر، وهذا لأن الحدود لا تعرف قياسًا، إنما تعرف نصًا وتوقيفًا، والنص على إقامة الحد فى الخمر بنفس الشرب، فإن النبى عليه السلام قال: «من شرب الخمر فاجلدوه»[1]، والصحابة رضى الله عنهم أوجبوا الحد فيما سوى الخمر بالسكر، فإن عمر رضى الله عنه حد الأعرابى عند السكر، وهكذا روى عن على رضى الله عنه وابن مسعود رضى الله، فأتبعنا النص فى المواضع كلها.

١٨٦٨٦- قال محمد رحمه الله فى حدود "الجامع الصغير": السكران الذى يُحد هو الذى لا يعقل منطقًا قليلا ولا كثيرًا، ولا يعقل الرجل من المرأة، ولا الأرض من السماء عند أبى حنيفة رحمه الله.

وفى أشربة "الأصل" قال: إذا ذهب عقله، وكان كلامه مخلطًا[2] لا يفهم منطقًا ولا كلامًا ولا جوابًا، فهو سكران، وإذا كان بعض كلامه مستقيمًا، وبعضه غير مستقيم إن كان النصف مستقيمًا، والنصف غير مستقيم لا يقام عليه الحد، وإن كان أكثر كلامه غير مستقيم، روى عن أبى يوسف رحمه الله: أنه يقام عليه الحد، فاعتبر الغالب، وهذا كما قلنا فى المجنون إذا كان أكثر كلامه غير مستقيم: إنه يحكم بجنونه، ويكون الحكم

(١) أخرجه ابن حبان فى "صحيحه" ١٠/ ٢٩٥ حديث (٤٤٤٥) والحاكم فى "المستدرك" ٤/ ٤١٣ (٨١١٤) و٤/ ٤١٥ حديث (٨١٢٢) والترمذى فى "سننه" ٤/ ٤٨ حديث (١٤٤٤) وأبو داود فى "سننه" ٤/ ١٦٥ حديث (٤٤٨٥) والشافعى فى "مسنده" ١/ ١٦٤، والنسائى فى "سننه" أيضًا ٨/ ٣١٧ وعبد الرزاق فى "مصنفه" ٧/ ٨٣٠ وفى ٩/ ٢٤٥ حديث (١٧٠٧٩) بلفظ "فاضربوه"، وفى رواية: "فحدده"، والطحاوى فى "معانى الآثار" ٣/ ١٦١، وأحمد فى "مسنده" ٢/ ١٣٦ حديث (٦١٩٧) و٢/ ١٩١ حديث (٦٧٩١)، وفى "مسند الشاميين" ١/ ١٤٧ حديث (٢٣٥) وأبو داود الطيالسى ١/ ٣٠٧ حديث (٢٣٣٧)، وأبو يعلى فى "مسنده" ١٣/ ٣٤٩ حديث (٧٣٦٣ وعبد بن حميد فى "مسنده" ١/ ١٥٥ حديث (٤٠٨).

(٢) وفى الأصل وم: "مختلطًا".

للغالب، ومحمد رحمه الله أشار فى أشربة "الأصل" إلى هذا، فإنه إذا قال: ذهب عقله، وكان كلامه مختلطًا، وهذا يوجب أن يكون البعض مستقيمًا، وقوله: لا يفهم منطقًا، ولا جوابًا ولا كلامًا يقتضى أن يكون الكل غير مستقيم، وفى اعتبار الغالب يكون عملا باللفظين جميعًا.

وما ذكر محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" عن أبى حنيفة رحمه الله يصلح تفسيرًا لما ذكر فى أشربة "الأصل"؛ لأنه إذا كان لا يعرف الأرض من السماء، ولا الرجل من المرأة، فقد صار بحال لا يفهم منطقًا، ولا جوابًا ولا كلامًا.

وهذا الحد مقدّر بثمانين سوطًا عند علمائنا، عرف ذلك بإجماع الصحابة رضى الله عنهم، وإذا طبخ الخمر حتى ذهب ثلثاه، وشربها لا يحد حتى يسكر؛ لأنه ليس بخمر لغة، فإن الخمر لغةً: اسم للنىء من ماء العنب، والدليل عليه ما ذكرنا قبل هذا أن من طبخ الخمر فى مرق، وحسا منه لا يحد ما لم يسكر.

١٨٦٨٧- فى "المنتقى" إبراهيم عن محمد رحمه الله: إذا شرب خمرًا ممزوجًا بالماء يحد، قال: لأن الخمر لا يشرب إلا هكذا، قال: إلا أن يكون الغالب الماء، ولم يفسر الغلبة.

وفى القدورى: إذا غلب الماء عليه حتى زال طعمها وريحها، فلا حد فى شربها، وفيه أيضًا: ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله: إذا ثرد فى الخمر خبزًا، وأكل الخبز إن كان الطعم يوجد، ويستبين اللون، حد به، وإن كان الخمر بيضاء لا يرى لونها، فإنى أحده إن كان الطعم يوجد.

١٨٦٨٨- وفى البقالى: إذا عجن الدواء بالخمر يعتبر العلية[1] يعنى فى حق الحد، وإذا شرب الخمر للضرورة بأن خاف العطش، فشرب مقدار ما يرويه فسكر، فلا حد فى الأصل، وإن روى، ثم شرب حد، وإذا ادّعى الإكراه لم يصدق إلا ببينة، والإكراه الخفيف معتبر فى البقالى.

ومما يلحق بهذا الفصل تصرفات السكران.

١٨٦٨٩- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": إذا شرب الرجل الخمر حتى

(١) وفى الأصل: "الغلبة".

سكر، وطلّق امرأته، أو أعتق عبده، أو زوج ابنته أو ابنه وهما صغيران، أو وهب، أو تصدق، فذلك كله جائز، فاعلم بأن جميع تصرفات السكران نافذة إلا الردة، والإقرار بالحدود الخاصة لله تعالى، إليه ذهب عامة المشايخ، وبعض مشايخنا قالوا: كل تصرف يصح مع الهزل، ولا تبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق والإقرار بالدين والهبة والصدقة ينفذ منه، فأما البيع والشراء لا ينفذ منه.

ومحمد لم يذكر البيع والشراء، إنما ذكر الطلاق والعتاق والنكاح والإقرار بالدين والقرض والاستقراض، وذهب هذا القائل إلى أن القياس أن لا ينفذ تصرفه أصلا؛ لأنه عديم العقل، وإنما عرفنا صحة طلاقه وعتاقه بالأثر، وهو قوله عليه السلام: «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه»[١]، وكل ما كان في معنى الطلاق من كل وجه، أو من وجه يلحق به، وما لا يكون في معنى الطلاق من وجه ما يعمل فيه بقضية القياس.

قلنا: والنكاح والعتاق في معنى الطلاق من كل وجه من حيث إن كل واحد منهما يصح مع الهزل، ولا تبطله الشروط الفاسدة[٢] والإقرار بالدين والهبة، والصدقة في معنى الطلاق من وجه من حيث إن كل واحد منهما لا يبطل بالشروط الفاسدة، فأما البيع والشراء ليس في معنى الطلاق بوجه ما، فيعمل فيه بقضية القياس.

وعامة المشايخ قاسوا البيع والشراء على الطلاق والعتاق، وقالوا: صحة الطلاق بطريق العقوبة على سكره ليكون زاجرًا[٣] له عن السكر، وهذا المعنى موجود في البيع والشراء.

١٨٦٩٠- وإذا أكل البنج حتى ذهب عقله، فإنما لا ينفذ تصرفاته؛ لأن صحة تصرفات السكران بطريق العقوبة ليكون زاجرًا، ولا حاجة إلى الزجر عن أكل البنج؛

---

(١) أخرجه الترمذي في "سننه" ٣/ ٤٩٦ حديث (١١٩١) وابن أبي شيبة في "مصنفه" ٤/ ٧٢ حديث (١٧٩١٢) وعبد الرزاق أيضًا في "مصنفه" ٦/ ٤٠٩ حديث (١١٤١٥) وابن الجوزي في "مسنده" ١/ ١٢٠ حديث (٧٤٢) و١/ ٣٥٥ حديث (٢٤٥٦) والحديث ذكره ابن الجوزي في "العلل المتناهية" ٢/ ٦٤٥ حديث (١٠٦٩) وابن حجر في "الدراية" ٢/ ٦٩ حديث (٥٦٦).

(٢) وفي الأصل: "ولا يبطل بالشروط الفاسدة".

(٣) وفي م: "زجرًا".

لأن بالطبع نفرة[1] عنه، وإذا سكر من نبيذ العسل والذرة هل تنفذ تصرفاته؟ فقد اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف: على حسب اختلافهم في إيجاب الحد إذا حصل السكر من هذه الأنبذة، فمن قال: ثمة يجب الحد، فقد ألحقه بنبيذ التمر والزبيب، ولو سكر من نبيذ التمر أو الزبيب، أليس أنه تنفذ تصرفاته؟ فكذا ههنا، ومن قال ثمة: لا يجب الحد، فقد ألحقه بالبنج، ومن سكر من شرب البنج أليس أنه لا ينفذ تصرفاته؟ هذا إذا سكر من الخمر طائعًا، فأما إذا سكر مكرهًا: فقد اختلف مشايخ بلخ فيه، بعضهم قالوا: لا ينفذ تصرفاته، وبعضهم قالوا: ينفذ، والأول أصح؛ لأن صحة تصرفاته إذا كان طائعًا في السكر بطريق الزجر، ولا حاجة إلى الزجر في فصل الإكراه.

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف: "نفره عنه".

الفصل الخامس
فى المتفرقات

١٨٦٩١- قال محمد رحمه الله فى كتاب الأشربة من "الأصل": ولا يرخص فى شرب شيء من المطبوخ على النصف، أو أقل من ذلك وهو حلو، فهذا تنصيص أن المطبوخ أدنى طبخة لايحل شربه، وإن كان حلوًا، وقال فى موضع آخر من أشربة "الأصل": إذا طبخ العصير على أقل من الثلثين، فهو بمنزلة العصير حتى يغلى ويتغير، فقد جعل المطبوخ أقل من الثلثين بمنزلة العصير، والعصير ما دام حلوًا يحل شربه، فكذا المطبوخ أدنى طبخة عامة مشايخ بخارى على أن ما ذكر فى بعض المواضع وهو حلو وقع غلطًا، والصحيح وهو مشتد مكان قوله: وهو حلو، ألا ترى أنه قال بعد ذلك: لا أرخص فى شيء من ذلك إلا ما قد ذهب ثلثاه، وبقى ثلثه، وذهاب الثلثين إنما يشترط للإباحة فيما هو مشتدّ لا فيما هو حلو، ألا ترى أن العصير ما دام حلوًا، فهو حلال لا بأس بشربه، والحاكم الشهيد قال فى "المختصر": إنه مؤول، وتأويله إذا طبخ وهو حلو حتى ذهب أقل من الثلثين، ثم اشتد، فإنه ذكر قبل هذه المسألة إذا طبخ العصير بعد ما غلى واشتد، وقذف بالزبد حتى ذهب ثلثاه، وبقى الثلث لايحل شربه، فيعلم ضرورة أن المراد من المذكور بعده أنه إذا طبخ وهو حلو، ثم اشتدّ إن كان الذاهب بالطبخ أقل من الثلثين لا يحل شربه، والفقيه أبو جعفر كان يجعل فى المسألة روايتين: فى رواية: لا يحل المطبوخ أقل من الثلثين، وإن كان حلوًا إذا مضى وقت لو كان عصيرًا اشتد، وفى رواية: يحل ما دام حلوًا، وإن مضى وقت لو كان عصيرًا اشتد، وكان يقول فى نقيع الزبيب: إذا لم يطبخ، ومضى إبّانه أى وقته، ولم يشتد ولم يحمض أنه لا يحل رواية واحدة.

وجه هذه الرواية ظاهر، ووجه الأولى أن المطبوخ أدنى طبخة بعد مضى إبّانه، وإن كان حلوًا حقيقة، فهو مشتد حكمًا؛ لأنه بسبب احتياله وهو النضج لم يشتد بعد إبّانه، فعلى هذه الرواية سوّى بين المطبوخ أدنى طبخة وبين نقيع الزبيب، وعلى الرواية

الأخرى فرق بينهما .

وقد ذكر هشام فى "نوادره" عن محمد رحمه الله ما يؤيد الرواية الأولى ، فقال : سألت محمداً رحمه الله عن عصير طبخ حتى ذهب أقل من الثلثين ، ثم أنزل من النار وبرد قال : إن كان الطبخ ، منع العصير من أن يغلى ، ولولا الطبخ لغلى ، فلا خير فى شربه .

قال هشام رحمه الله : وتفسير ذلك أنك إذا عمدت إلى عصير ، وأخذت نصفه ، ووضعته على النار ، وجعلت نصفه فى إناء آخر ، فإذا طبخت الذى وضعته على النار حتى ذهب منه أقل من الثلثين نظرت إلى العصير الذى جعلته فى الإناء الآخر ، فإن كان ذلك العصير قد غلى ، فلا خير فى شرب هذا الذى طبخ .

١٨٦٩٢- وفى "المنتقى" عن محمد رحمه الله : فى العصير إذا طبخ عصيراً حتى ذهب الربع ، ثم تركه حتى برد يومين أو ثلاثة ، قال : إذا كان من هذا ما لو كان عصيراً غلى لم يحل ، وإن طبخ بعد ذلك حتى ذهب ثلثاه ، معناه إذا تركوه إلى أن أعادوه إلى النار مقداراً كان يغلى فى ذلك المقدار من غير النار ، فلا خير فيه ، وإن كان من هذا قدراً لو كان عصيراً لم يشتد ، فهذا إذا طبخ ، فهو حلال ، معناه إذا تركه مقداراً كان لا يغلى فيه ، ولا يشتد لو كان عصيراً .

١٨٦٩٣- قال محمد رحمه الله : وقال أبو يوسف رحمه الله : ما كان يبقى من الأشربة بعد ما يبلغ عشرة أيام ، فإنى أكرهه ، معناه أن نبيذ الزبيب ونبيذ التمر الذى لم يطبخ أصلا ، إذا لم يحمض فى أوانه ، دلّ ذلك على شدته ، وإنه صار سكراً حراماً ، قال : لأن الشراب يفسد فى العادة إلا أن يتناهى فى القوة والشدة ، ثم يسكر فلا يفسد ، فصار ذلك عنده آية الحرمة ، وقد روى عن عباس رضى الله عنه أنه قال : كل نبيذ يفسد عند إبانه ، فلا بأس به ، وكل نبيذ يزداد جودة على طول الترك ، فلا خير فيه .

وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله : لا بأس بهذا كله ؛ لأن الحرمة متعلقة باسم الخمرية ، وذلك لا يثبت للنبيذ حتى يشتد ، فإذا لم تعرف شدته لم يجز تحريمه بالحرز والظن ، وحديث ابن عباس رضى الله عنه محمول على ما إذا اشتد ، ثم لم يفسد .

١٨٦٩٤- وإذا طبخ العنب قبل العصير ، ثم عصر ، روى الحسن عن أبى حنيفة

رحمه الله : أنه إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه إذا غلى واشتد، كما فى نقيع الزبيب والتمر، وأنكر المتقدمون من مشايخنا هذه الرواية، فقد روى الحسن ابن أبى مالك عن أبى يوسف رحمه الله قال : سمعت أبا حنيفة رحمه الله يقول : إنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ، وهذا أصح؛ لأن الذى فى العنب هو العصير، وتأثير العصير فى الفصل بين العصير والنقل، فكما لا يحل العصير بأدنى طبخة بل يشترط ذهاب الثلثين، فكذلك العنب.

وعن أبى يوسف[1] : فى التمر والعنب يطبخان، قال : لو كان العنب والذى يطبخ مع التمر لو كان وحده غلى، فلا خير فيه، حتى يطبخ طبخًا يذهب ثلثاه، وبقى ثلثه.

١٨٦٩٥- وسئل أبو يوسف رحمه الله عن حبات عنب وقعن فى نبيذ فانتفخت[2]، فقال : إذا كان لو كانت الحبات وحدها غلت، فإذا وقعت فى النبيذ، وغلت النبيذ لا يشرب ذلك النبيذ، وإن كانت الحبات لا تغلى إذا كانت وحدها، فلا بأس بشرب ذلك النبيذ.

١٨٦٩٦- ذكر الحاكم فى "المنتقى" : فى خمر وقعت فى دن خل قال : لاخير فيه، وذكر الحاكم بعد هذا فى "المنتقى" : فى الخمر إذا جعل فى المرى، والمرى هو الغالب، فلا بأس بأكله.

قال : وكذلك لو صبّ رطل من خمر فى دن من خل، فلا بأس بأكله، فقد اعتبر الغالب فى هاتين المسألتين.

وعن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله : فى الخمر إذا وقع فى النبيذ الشديد الذى هو عنده حلال قال : الخمر يفسده.

وإذا أريق الخمر، وغسل الظرف، ثم صنع فيه خل أو مرى، فلا بأس به؛ لأن الماء أرق من الخمر، فيدخل مداخلها، ويستخرج ما فى الإناء من أجزاء الخمر، فيصير الظرف طاهرًا بالغسل، فلا بأس بأن يجعل فيه الخل والمرى وأشباههما، وهذا إذا كان الظرف عتيقًا، وأما إذا كان ظرفًا جديدًا، فعلى قول محمد رحمه الله : لا يطهر أبدًا،

(١) والأصل : "بيّن أبو يوسف".

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى غيره : "فأنفقت".

وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: إذا غسل ثلاث مرات، وجفف في كل مرة يطهر.

ومن مشايخنا من قال على قول أبي يوسف رحمه الله: إذا لم يجفف في كل مرة، ولكن ملأ الماء مرة بعد مرة فمادام يخرج الماء منه متغيراً اللون، فإنه لا يحكم بطهارته، وإذا خرج صافيًا غير متغيّر يحكم بطهارته، ولو تخلل الخمر في الظرف، هل يحكم بطهارة الظرف؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في شيء من الكتب.

وحكى عن الحاكم أبي نصر محمد بن مهرويه: أنه كان يقول: ما يوازى الإناء من الخل لا شك أنه يطهر؛ لأن ما يوازى الخل من الإناء فيه أجزاء الخل وإنه طاهر، فأما أعلى الحب الذى انتقض منه الخمر قبل صيرورته خلا، فإنه لا يكون نجسًا؛ لأن ما تداخل أجزاء الحب من الأعلى لا يصير خلا، بل ييس[1] فيه كذلك خمرًا، فيكون نجسًا، فيجب غسل أعلاه بالخل حتى يطهر الكل؛ لأن ما تداخل أجزاء الخمر يصير خلا من ساعته، فيطهر الحب بهذا الطريق، فإن لم يفعل كذلك، وملأ الحب من العصير بعد ذلك تنجس العصير، ولا يحل شربه؛ لأنه عصير خالطه خمر، فلا يحل شربه إلا إذا صار خلا.

١٨٦٩٧- وإذا باع العصير ممن يتخذه خمرًا، فلا بأس به، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، فأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله: فإنه يكره، وأجمعوا على أنه إذا باع العنب أو الكرم ممن يتخذه خمرًا، فإنه لا بأس به، إنما الخلاف في العصير وجه قولهما: إن الفساد والفتنة من المشترى يحصل لعين ما تناوله العقد، فيكره قياسًا على ما لو باع السلاح من أهل الفتنة، وإنما قلنا: إن الفساد والفتنة من المشترى يحصل بعين ما تناوله العقد؛ لأن العين لا يتبدل بالخمر، إنما يتبدل الصفة بخلاف ما لو باع العنب أو الكرم ممن يتخذه خمرًا؛ لأن الفساد من المشترى لايحصل بعين ما تناوله العقد، بل يحصل بعين آخر، فإن العين يتبدل، وكان بمنزلة ما لو باع الحديد من أهل الفتنة، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: بأن الفتنة والفساد لا يقع إلا بعد تغير المعقود عليه في نفسه فيحل، وإن كان العين يبقى على حاله كما لو باع الحديد من أهل الفتنة والفساد بخلاف ما لو باع السلاح -والله أعلم-.

---

(١) وفي الأصل: "ييبس".

كتاب الإكراه

هذا كتاب يشتمل على عشرة فصول:

الفصل الأول: فى نفس الإكراه، وشرائط صحته، وبيان حكمه.

الفصل الثانى: فيما يزيد المكره[1] على ما أكره عليه، أو ينقص عنه، أو يأتى بشىء آخر.

الفصل الثالث: فيما يخطر على مال المكروه غير ما أكره عليه.

الفصل الرابع: فى الخيار فى الإكراه.

الفصل الخامس: فيما يكره الرجل فيه على أن يفعله بنفسه أو ماله.

الفصل السادس: فى الإكراه على التوكيل.

الفصل السابع: فى الإكراه على ما يجب به العتق.

الفصل الثامن: فى الإكراه على ما يجعل الرجل لله على نفسه، وفى أداء ما وجب لله عليه.

الفصل التاسع: فى عقود التلجئة.

الفصل العاشر: فى المتفرقات.

(١) وفى الأصل: "المستكره".

الفصل الأول

فى نفس الإكراه، وشرائط صحته، وبيان حكمه

١٨٦٩٨- فنقول: أجمع أصحابنا أن الإكراه بوعيد تلف النفس أو عضو من الأعضاء إكراه معتبر شرعًا، حصل الإكراه على الفعل أو على القول، وإن حصل الإكراه بالحبس والتقييد إن حصل الإكراه على فعل من أفعال فهو غير معتبر شرعًا، ويجعل كأن المكره فعل ذلك بغير إكراه، وإن حصل الإكراه بالتقييد والحبس على قول من الأقوال إن كان قولا لا يستوى فيه الجدّ والهزل كالبيع والإجارة والهبة والصدقة والإقرار، فهو إكراه معتبر شرعًا، وإن كان قولا يستوى فيه الجد والهزل كالطلاق والعتاق، فهو غير معتبر شرعًا، ويجعل كأنه طلق، وأعتق بغير إكراه حتى ينفذ العتق، ولا يرجع المولى على المكره بشىء كأنه أعتق بغير إكراه.

١٨٦٩٩- ومن شرائط صحته شرعًا أن يكون الإكراه من السلطان عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما: إذا جاء من غير سلطان ما يجىء من السلطان، فهو إكراه صحيح شرعًا.

والاختلاف على هذا الوجه مذكور فى مسألة الزنا، وصورتها: إذا حصل الإكراه على الزنا من غير السلطان، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: يجب الحد على الزانى كأنه باشر الزنا طوعًا، وعلى قولهما: لا حد عليه، فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم فى الزنا خاصة، وأما فى غيرها من الأحكام فإكراه غير السلطان وإكراه السلطان سواء عندهم جميعًا، ومنهم من قال: الخلاف فى الزنا، وفى غيرها من الأحكام أيضًا سوى الزنا، واختلفوا فيما بينهم بعضهم قالوا: هذا اختلاف عصر وزمان، وبعضهم قالوا: هذا اختلاف حجة وبرهان.

وفى إكراه الزوج امرأته عن أبى حنيفة رحمه الله روايتان: فى رواية هو إكراه معتبر؛ لأن الزوج سلطانها وأميرها، هذه الرواية ذكرها شيخ الإسلام رحمه الله فى شرحه.

وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا هددها بما يحل به الدم، فهو إكراه معتبر شرعًا، وقال محمد رحمه الله : إذا خلا بها في موضع لا يمتنع منه، فهو كالسلطان.

وحكم الإكراه، متى حصل الإكراه بوعيد تلف على فعل من الأفعال، نقل الفعل من المكره إلى المكره فيما يصلح أن يكون المكره آلة للمكره، فصار كأن المكره فعل ذلك بنفسه، وذلك كالإكراه على قتل إنسان أو إتلاف ماله، ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا أكره على القتل بوعيد تلف، فقتله بالسلاح يجب القصاص على المكره؛ لأن المكره يصلح آلة للمكره فى حق القتل، بأن يأخذه، ويضربه على غيره حتى يقتله، فينتقل فعله فى حق القتل إلى المكره، ويجعل كأن المكره قتله بنفسه، فيجب القصاص عليه، وفيما لا يصلح أن يكون المكره آلة للمكره يبقى الفعل مقصورًا على المكره، وكما فى حق الإثم فى مسألة القتل، فإن القتل فى حق الإثم يبقى مقصورًا على المكره[1]؛ لأن الإثم إنما يكون بقصد القلب بأن يقصد قتله، ولا يتصور من المكره القصد بقلب غيره، فيبقى القتل فى حق الإثم مقصورًا عليه.

١٨٧٠٠- ومتى حصل الإكراه بوعيد تلف على قول من الأقوال إن كان قولا يستوى فيه الجدّ والهزل، ويتعلق ثبوته بالقول كالطلاق والعتاق، فحكمه أن يعتبر المكره آلة للمكره فى حق الإتلاف، وينتقل الإتلاف إلى المكره؛ لأن المكره فى حق الإتلاف يصلح آلة للمكره، وفى حق التلفظ به الذى لا يصلح آلة له فيه يعتبر مقصورًا على المكره، ولهذا كان الولاء للمكره فى فصل العتق، ونفذ العتق؛ لأن العتق يتعلق ثبوته بالقول، وهو فى حق القول لا يصلح آلة للمكره، فإنه لا يمكنه أن يقول، ويتكلم بلسان غيره، ويرجع المكره بالضمان على المكره، وانتقل فعل المكره فى حق الإتلاف إلى المكره؛ لأنه فى حق الإتلاف يصلح آلة للمكره، وفى الطلاق كذلك نقول : إن المكره فى حق الإتلاف يعتبر آلة للمكره، وينتقل فعله إلى المكره إلا من أتلف منكوحة الغير لا يضمن له شيئًا بخلاف ما إذا أتلف عبد الغير، وإن كان قولا لايستوى فيه الجد والهزل كالبيع والإجارة والإقرار، فحكم الإكراه فساد ذلك القول.

وكذلك إذا كان قولا يستوى فيه الجد والهزل إلا أنه لا يتعلق ثبوتها باللفظ حتى إن

---

(١) وفى الأصل : "على الآثم".

من قصد أن يكفر، فقبل أن يقربه يكون كافراً.

هذا إذا حصل الإكراه بوعيد تلف، وإن حصل الإكراه بالحبس والتقييد على فعل من الأفعال، فلا حكم له، ويجعل كأنه فعل ذلك الفعل غير إكراه، ومتى حصل الإكراه بالحبس والتقييد على قول إن كان قولا لا يستوى فيه الجد والهزل، فحكمه فساد ذلك القول، وإن كان قولا يستوى فيه الجد والهزل، فلا حكم له، فيجعل فيه وجوده كالعدم كأن المكره باشر ذلك القول باختياره.

بيان ما ذكرنا من المسائل:

١٨٧٠١- السلطان إذا أخذ رجلا، وقال له: لأقتلنك أو لتشربن هذا الخمر، أو لتأكلن هذه الميتة، أو لتأكلن لحم هذا الخنزير، كان فى سعة من تناوله، بل يفترض عليه التناول إذا كان فى غالب رأيه أنه لو لم يتناول الميتة لقتله؛ لأن تناول الميتة حال الضرورة مستثنى عن التحريم.

قال الله تعالى: ﴿وَقَد فَصَّلَ لَكُم مَا حَرَّمَ اللهُ عَلَيكُم إلا مَا اضطُرِرتُم إلَيه﴾[1]، وقد تحققت الضرورة والاضطرار ههنا، فإنه يخاف على نفسه أو عضوه، فالتحقت الميتة فى هذه الحالة بالمباحات.

ومن أكره بوعيد تلف على تناول شيء من المباحات يفترض عليه التناول، كذا ههنا، فإن لم يتناول حتى قتل، كان آثمًا فى ظاهر الرواية عن أصحابنا، وعن أبى يوسف: أنه لا إثم عليه، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى.

وذكر شيخ الإسلام: أنه أثم مأخوذ بدمه إلا أن يكون جاهلا بالإباحة حالة الضرورة، فلم يتناول حتى قتل، يرجى أن يكون فى سعة من ذلك.

فأما إذا كان عالمًا بالإباحة كان مأخوذًا، كذا قال محمد رحمه الله، وهو مروى عن مسروق رحمه الله هذا إذا كان فى غالب رأيه أنه متى لم يتناول قتل، أما إذا كان فى غالب رأيه أنه يمازحه بذلك ويهدده، ولا يقتله لو لم يتناول لا يباح له التناول، فيحكم

---

(١) سورة الأنعام: الآية١١٩.

رأيه في هذا كما لو دخل عليه في منزله رجل شاهر سلاحه، وكذا لو أوعده بتلف عضو من أعضاءه بأن قالوا: ليقطعن يدك، وما أشبه، وكذلك لو أوعده بضرب مائة سوط، وما أشبه ذلك مما يخاف من ذلك تلف نفسه أو عضو من أعضاءه.

ولم يقدر محمد رحمه الله في ذلك مقداراً، بل فوّض ذلك إلى رأي المكره على الضرب، ومن المشايخ رحمهم الله من قدّر ذلك بأدنى الحدود أربعين سوطًا، قالوا: إن هدّده بأربعين سوطًا فصاعداً حل له التناول، وإن كان بأقل من ذلك لا يحل، والصحيح ما ذهب إليه محمد رحمه الله؛ لأن التقدير بمقدار واحد في حق جميع الناس متعذر؛ لأنهم يتفاوتون باحتمال الضرب بتفاوتهم في القوة والضعف، فيفوّض إلى رأي المكره على الفعل إن هدّدوه بمقدار يخاف على نفسه التلف، أو على عضو من أعضاءه يحل له التناول، قال: وإن هدّدوه بضرب سوط أو سوطين لا يباح له التناول إلا أن يقولوا: لنضربنك على عينك أو على المذاكير؛ لأن ضرب السوط أو السوطين على مثل هذا العضو قد يفضي إلى تلفه.

وإن هدّدوه بالحبس المؤبد وبالقيد المؤبد لا يباح له التناول إذا كان لا يمنع منه الطعام والشراب؛ لأن الحبس أو التقييد لا يوجب تلف النفس، إنما يوجب الحزن والغم، ولا يجوز تناول هذه الأشياء لإزالة الغم، ألا ترى أن شارب الخمر في العادة يقصد بشرب الخمر إزالة الحزن والغم عن نفسه.

من مشايخنا من قال: إذا كان الرجل منعمًا ذا مروءة[1] يشق ذلك عليه بحيث يقع في قلبه أنه متى لم يتناول يموت بسبب الحبس أو القيد، أو يذهب عضو من أعضاءه، يباح له التناول.

وكذلك لو هدّدوه بالحبس في مكان مظلم يخاف منه ذهاب البصر بطول مقامه، فإنه يباح له التناول.

وقد قال بعض مشايخ بلخ: بأن محمداً رحمه الله إنما أجاب هكذا بناء على ما كان من الحبس في زمانه، فأما الحبس الذي أحدثوه اليوم في زماننا فإنه يبيح التناول؛ لأنهم يحبسون الإنسان تعذيبًا لا مكثًا فيه، وإن قالوا: لنجيعنك، فإنه لا يباح له تناول هذه

---

(١) وفي الأصل: "ذا ثروة".

الأشياء، حتى يجيء من الجوع ما يخاف منه التلف على نفسه.

فرق بين هذا وبينما إذا هدّده بضرب مائة سوط ذكر أنه يباح له التناول فى الابتداء، ولم يقل: بأنه لا يتناول فى الابتداء إلى أن يضرب ما يحتمله، فإذا جاء من ذلك ما لا يحتمله يحل له التناول، كما قال ههنا: إنه لا يتناول من الابتداء حتى يجى من الجوع ما يخاف التلف على نفسه.

من مشايخنا من قال: لا فرق بين المسألتين، وذلك لأن فى الضرب إنما يباح له التناول إذا وقع فى رأيه أنه إذا لم يُطعِهم فى الابتداء، وأطاعهم متى خاف التلف على نفسه لا[1] يتركون ضربه لتركه طاعتهم فى الابتداء، فأما إذا وقع فى رأيه أنه إذا لم يُطعِهم، أو أطاعهم بعد ما خاف على نفسه، فإنهم يتركون ضربه لا يباح له التناول فى الابتداء، ما لم يجئ منهم من الضرب ما يخاف التلف على نفسه.

وفى مسألتنا إنما لا يباح له التناول فى الابتداء إذا وقع فى رأيه متى لم يُطعِهم فى الابتداء، وأطاعهم إذا أجاعوه، وجاء من الجوع ما يخاف على نفسه يتركون تجويعه بعد ذلك، ويطلقون له التناول فى الانتهاء، وأما إذا وقع فى غالب رأيه متى لم يُطعِهم فى الابتداء، وأطاعهم متى جاء من الجوع ما يخاف على نفسه، فإنهم لا يتركون تجويعه، فإنه يباح له التناول من الابتداء كما فى الضرب، فإذا لا فرق بين المسألتين فى هذا الوجه.

١٨٧٠٢- وهذا بخلاف ما لو هدّدوه بالقطع فإنه يباح له التناول عن الابتداء، وإن وقع فى غالب رأيه أنهم إذا قطعوا البعض، ثم أطاعهم يطلقون؛ لأن القطع وإن أقل، فهو إتلاف، ومتى خاف تلف شيء على نفسه، حل له التناول بخلاف الضرب والتجويع، فإنه ليس بإتلاف فى نفسه ووصفه.

ومن مشايخنا من يقول: لا فرق بين مسألة التجويع والضرب من وجه آخر، وهو أن فى الضرب إنما يباح له التناول من الابتداء إذا خاف التلف على نفسه من ذلك منهم للحال بأن قالوا له: لنضربنك فى الحال مائة سوط، أو لتأكلن من هذه الأشياء، فأما إذا قالوا له: لنضربنك غدًا مائة سوط، إن لم تأكل شيئًا من هذه الأشياء للحال، فإنه لا

---

(١) وفى ف: "فإنهم".

يحل له التناول للحال.

وفى مسألة التجويع ليس يخاف التلف على نفسه للحال إذا كان شبعانًا ممتلئًا من الطعام، وإن قالوا: نجوعك فى الحال؛ لأن تجويعهم للحال وهو شبعان ليس فى وسعهم، إنما يلحقه التجويع فى الثانى إذا أمسكوا عنه الطعام، وفى الضرب لو خاف الضرب فى الثانى لا للحال، فإنه لا يباح له التناول، وهكذا الجواب إذا أمروه بذلك، إن وقع فى غالب رأيه أنه متى لم يُطع أمرهم، فإنهم يقتلون، أو يقطعون شيئًا من أعضاءه، فإنه يباح له التناول؛ لأنه جاءت الضرورة، وعند الضرورة يباح له التناول كما فى المخمصة، وقال محمد رحمه الله: كل شيء جاز له فيه تناول هذه المحرمات من الإكراه، فكذا يجوز عنده الكفر بالله إذا أكره وقلبه مطمئن بالإيمان، يريد به أن ما اعتبر إكراهًا فى حق إباحة تناول الميتة والخمر، يعتبر إكراهًا فى إجراء كلمة الكفر على اللسان إذا كان قلبه مطمئنًا بالإيمان، إلا أن فى فصل الكفر، إذا صبر حتى قتل كان مأجوراً شهيدًا، وفى فصل الخمر والميتة إذا صبر حتى قتل، كان مأجوراً بدمه آثمًا.

والفرق أن حرمة الكفر مما لا يرتفع بالإكراه، ولكن رخص له إجراء كلمة الكفر مع بقاء الحرمة فى نفسها، فإذا صبر، فقد امتنع عن ارتكاب المحرم، فيكون مأجورًا، أما حرمة الميتة ولحم الخنزير مما يرتفع بالإكراه، فإذا صبر، فقد امتنع عن ما هو مباح، فيكون أثمًا.

١٨٧٠٣- ولو هدّدوه بوعيد تلف ليقر لهذا الرجل بألف درهم، وأقر كان إقراره باطلا؛ لأن إقرار المكره كذب؛ لأن الإقرار إخبار، وليس بتمليك مبتدأ، والخبر محتمل الصدق والكذب، وقيام السيف على رأسه دليل على الكذب، والكذب مما لا يتعلق به حكم بخلاف الطلاق والعتاق؛ لأنه إنشاء تصرف، وليس بإخبار، والإنشاء لا يحتمل الكذب، وقد صدر من المكلف، فيجب اعتباره إلا أن ما يستوى فيه الجد والهزل يقع صحيحًا؛ لأنه لم ينعدم بالكره إلا الرضا بما أكره عليه، فإنه ما قصده لعينه حتى يكون راضيًا به، وإنما باشره لدفع الشر وعدم الرضا به لا يمنع صحة الطلاق والعتاق، كما لو طلّق أو أعتق هازلا، وإذا كان تصرفًا يحتاج فيه إلى الرضا كالبيع وأشباهه، ينعقد فاسدًا لفوات شرط من شرائط الصحة وهو الرضا.

١٨٧٠٤ - وكذلك إذا هدّدوه بالحبس والتقييد مؤبدًا أو موقتًا بوقت يوجب غمّا بيّنا بحيث يؤثر الإنسان ألف درهم على مثل ذلك الغم، كان الإقرار باطلا؛ لأنه إقرار مكره، فقد أثبت الإكراه بالقيد والحبس فى الإقرار، وفى فصل الميتة ما أثبت الإكراه بالقيد والحبس؛ لأن إباحة الميتة شرعًا علقت بالاضطرار، ولا اضطرار فى الحبس والقيد، إنما فيه الحزن والغم إلا أن هذه المحرمات لا تباح لدفع الغم.

فأما صحة الإقرار معلقة بالطواعية؛ لأن صحة الإقرار بالصدق، والإكراه دليل الكذب، فلم تثبت الطواعية إذا أكره بالحبس أو القيد؛ لأنه إنما أقر لدفع الغم البين عن نفسه.

١٨٧٠٥ - ولو هدّدوه بضرب سوط أو حبس يوم ليقر لفلان ألف درهم، فأقر، القياس أن يكون هذا إقرار مكره، وفى الاستحسان: هذا إقرار طائع؛ لأن الإنسان لا يلتزم ضرر ألف درهم بحبس يوم أو بقيد يوم، فترجح جانب الطواعية فى هذه الصورة.

قال محمد رحمه الله: وليس فى ذلك تقدير لازم، بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم؛ لأن أحوال الناس فى ذلك تتفاوت[1]، فالشرفاء والأجلة من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد، وعن حبس يوم واحد أكثر مما يستنكف غيرهم عن ضرب أسواط وحبس أيام، فلهذا لم يقدر فى ذلك تقديرًا، بل فوّضه إلى رأى القاضى ليبنى ذلك على حال من ابتلى به.

وعن هذا قال بعض مشايخنا: ما ذكر محمد رحمه الله فى الكتاب أنه إقرار طواعية، فذلك فى حق أسواط الناس وفى حق السوقة، فأما إذا كان الرجل من أشراف الناس والأجلة من كبار العلماء والرؤساء بحيث يستنكف أن يضرب سوطًا واحدًا على ملأ من الناس، أو يعرك أذنه فى مجلس السلطان، فإنه يكون مكرهًا؛ لأن مثل هذا الرجل يؤثر ألف درهم على ما يلحقه من الهوان والذل بهذا القدر من الحبس.

١٨٧٠٦ - وإذا أكرهه على الهبة والتسليم، فالهبة فاسدة؛ لأن الملك يقع بهما وهو مكره فيهما، وإن أكرهه على الهبة لا غير، فسلم المكره بعد ذلك إن سلّم، والمكره

(١) وفى ف وم وظ: "متفاوت".

حاضر، فالقياس أن يجوز الهبة، وتكون هبة طائع، وفى الاستحسان: لا يجوز، وتكون هبة مكره، ولو سلم والمكره غائب بحيث لا يعود، وجازت الهبة، وتكون هبة طائع قياسًا واستحسانًا، فالإكراه على الهبة إكراه على التسليم استحسانًا إذا كان المكره حاضرًا وقت التسليم.

١٨٧٠٧- وإذا لم يكن المكره حاضرًا وقت التسليم، فالإكراه على الهبة لا يكون إكراه على التسليم قياسًا واستحسانًا، وإذا قبض الموهوب له الموهوب من المكره ملكها، ونفذ تصرفاته فيها؛ لأن هبة المكره فاسدة، والهبة الفاسدة تفيد الملك عند اتصال القبض بها، وإذا أكره على البيع والتسليم فباع وسلّم، فهو بيع مكره، وإن أكره على البيع لا غير، فباع وسلّم طائعًا، فهو ليس ببيع مكره، فالإكراه على البيع لا يكون إكراه على التسليم، فيكون طائعًا فى التسليم، ويكون ذلك إجازة منه للبيع.

١٨٧٠٨- وعن هذا قلنا: إن من ادّعى على آخر أنه كان مكرهًا على البيع، وأراد استرداد المبيع من يد المشترى لا تسمع دعواه ما لم يدّع أنه كان مكرهًا على التسليم، ولو كان مكرهًا على البيع والتسليم حتى كان بيع مكره إذا قبضه المشترى ملكه ملكًا فاسدًا، وتنفذ تصرفاته فيه خلافًا لزفر، ثم تصرف المشترى والمتهب من المكره إن كان تصرفًا يحتمل النقض بعد وقوعه، كان للمكره أن ينقض تصرفاته، ويأخذ العين حيث وجده، فرق بين هذا وبين غيرها من البيوع الفاسدة والهبة الفاسدة، إذا حصلت برضا المالك إذا تصرف المشترى أو الموهوب له، فإنه لاينقض تصرفاته إلا الإجارة.

والفرق أن فى سائر البياعات الفاسدة والهبات الفاسدة تصرف المشترى حصل بتسليط المالك، فإنه لما سلّم إليه طائعًا فقد سلّطه على التصرف، وهذا التسليط منه قد صحّ لكونه طائعًا فى التسليم، فلا يكون له حق النقض بعد ذلك، أما ههنا لم يوجد من المكره تسليط، ولو وجد، فتسليط فاسد، فلهذا كان له حق النقض، وإن كان تصرفه تصرفًا لا يحتمل النقض بعد وقوعه كالعتق والتدبير وما أشبههما لا يكون للمكره حق نقضها، وكان له حق تضمين القيمة، ويكون هو بالخيار إن شاء ضمن المكره قيمته يوم سلّم إلى المشترى والموهوب له، وإن شاء ضمن المشترى أو الموهوب له، أما تضمين المكره فلأنه أزال يد المكره عن ماله بغير رضاه؛ لأن تسليم المكره فى حق إزالة اليد منقول

إلى المكره.

وأما تضمين المشترى أو الموهوب له؛ لأنه قبض ماله لنفسه بغير رضاه، فإن اختار تضمين المشترى والموهوب له كان له الخيار إن شاء ضمنه قيمته يوم القبض لا يوم أعتق، وإن شاء ضمنه قيمته يوم أعتق؛ لأن بالإعتاق أتلف على المولى حقه؛ لأن للمولى حق الاسترداد إن صار ملكًا للقابض، وهذا بخلاف المشترى شراء فاسدًا إذا أعتق المشترى، حتى كان للبائع حق تضمينه ضمّنه قيمته يوم قبض لا يوم أعتق.

١٨٧٠٩- وإذا أكره بوعيد تلف على طلاق امرأته فطلق، فإن كان ذلك قبل الدخول، وغرم للمرأة نصف المسمّى إن كان فى النكاح تسمية، والمتعة إن لم يكن فى النكاح تسمية، ويرجع بذلك على المكره.

وإن كان بعد الدخول بها، وضمن الزوج للمرأة المسمّى إن كان فى النكاح تسمية، ومهر المثل إن لم يكن فى النكاح تسمية، ولا يرجع بشىء من ذلك على المكره.

١٨٧١٠- وإذا أكره على نكاح امرأة بعشرة آلاف درهم ومهر مثلها ألف درهم، فالنكاح جائز، ويكون للمرأة من العشرة آلاف مهر مثلها ألف درهم، وبطل الفضل، أما جواز النكاح لأن النكاح تصرف يصح مع الهزل، ويتعلق ثبوته باللفظ لامحالة، فيصح مع الإكراه كالطلاق والعتاق، والتسمية فاسدة؛ لأن التسمية لا تصح مع الهزل، فإنه لو تزوّجها وسمّى لها عشرة آلاف درهم هازلا كان لها من العشرة آلاف قدر مهر مثلها.

وإذا فسدت التسمية كان لها مهر مثلها، ولا يرجع الزوج على المكره بشىء؛ لأنه إن أوجب عليه مالا فقد أوجب بعوض.

وذكر الطحاوى أنه يجب الزيادة على مهر المثل ويرجع الزوج بالزيادة على المكره.

١٨٧١١- وإذا أكره على العفو عن القصاص فعفا، فالعفو جائز؛ لأن العفو تصرف لا يبطله الهزل، فيصح مع الإكراه كالطلاق، ولا يضمن المكره لولى القصاص شيئًا؛ لأن القصاص ليس بمال وليس له حكم المال.

١٨٧١٢- وإذا أكره على إبراء مديونه فأبرأه فالإبراء باطل؛ لأن إبراء المديون لا يصح مع الهزل؛ لأن فيه معنى التمليك، فلا يصح مع الإكراه أيضًا.

وكذلك لو أكره على إبراء الكفيل فأبرأه، فالإبراء باطل؛ لأن إبراء المديون لا يصح مع الهزل؛ لأن فيه معنى التمليك، فلا يصح مع الإكراه أيضًا، وكذلك لو أكره على إبراء الكفيل فأبرأه، فالإبراء باطل؛ لأن إبراء الكفيل فرع إبراء الأصيل.

١٨٧١٣- وإذا أكره على تسليم الشفعة، فسلّم، كان تسليمه باطلا، وكان ينبغي أن يصح؛ لأنه يصح مع الهزل، فإن من سلّم شفعته هازلا، لا يصح تسليمه، قلنا: لا يصح تسليمه مع الهزل؛ لأن المقصود من حق الشفعة الأخذ بالشفعة، وإنه تمليك المال بمال، ومثل هذا التصرف لا يصح مع الهزل، فكذا التسليم إلا أنه لا يبقى حقه في الشفعة بعد التسليم هازلا، لا؛ لأن التسليم مع الهزل قد صح، بل لأنه سكت عن الطلب من غير عذر.

١٨٧١٤- ولو قيل له: لتقتلن فلانًا، أو ليقتلنك، أو قيل له: لتقطعن يد فلان أو ليقتلنك، فليس ينبغي له أن يفعل، ولو فعل كان آثمًا بخلاف ما لو قيل له: لتقطعن يدك أو لأقتلنك حيث كان في سعة من قطع يده، ولو قيل له: لتضربن فلانًا سوطًا أو لتحلقن رأسه أو لتحلقن لحيته، أو لتحبسنه أو لتعذّبه وإلا ليقتلنك، أو ليقطعن يدك، أو ما أشبهه، قال محمد رحمه الله: رجوت أن لا يكون آثمًا.

ولو كان التهديد على ذلك بحبس أو قيد أو ضرب سوط لم يسعه أن يقدم على ذلك، ولو قيل له: لتقتلنّ فلانًا أو ليقتلنك، فلم يفعل حتى قتل كان في سعة من ذلك، وكان مأجورًا شهيدًا، ولو هدّده بتلف النفس أو تلف عضو من أعضاءه حتى يفتري على رجل مسلم ففعل رجوت أن يكون في سعة من ذلك، ألا ترى أنه لو أكره بوعيد تلف حتى يفتري على الله كان في سعة من ذلك، فههنا أولى إلا أن في الافتراء على المسلم علق الإباحة بالرجاء، وفي الافتراء على الله تعالى لم يعلق الإباحة بالرجاء؛ لأن إباحة الافتراء على الله تعالى حال الاضطرار ثابتة بنص القرآن، قال الله تعالى: ﴿إلا مَن أُكرِهَ وقَلبُهُ مُطمَئِنٌ بالإيمَانِ﴾[1]، فلهذا لم يعلقه بالرجاء.

(١) سورة النحل: الآية١٠٦.

فأما إباحة الافتراء على المسلم غير ثابتة بنص القرآن، وإنما ثبت استدلالا بإباحة الافتراء على الله فكان دون ذلك، فعلّقه بالرجاء.

قال محمد عقيب هذه المسألة: ألا ترى أنه لو أكره بوعيد تلف على شتم محمد ﷺ كان في سعة من ذلك إن شاء الله، وطريقه ما قلنا، قال: ولو صبر حتى قتل كان مأجورًا شهيدًا، وكان أفضل إن شاء الله.

١٨٧١٥- ولو أكره بوعيد تلف على أن يأخذ مال فلان ويدفعه إليه، قال: رجوت أن يكون في سعة من ذلك؛ لأن مال الغير يستباح حالة الضرورة كما في حال المخمصة، وفي الإكراه تحققت الضرورة، لكن علّقه بالرجاء؛ لأن هذا ليس نظير حالة المخمصة من كل وجه من حيث إن العذر هناك ما كان من قبل العباد، وإذا صبر حتى قتل كان مأجورًا؛ لأن أخذ مال الغير من المظالم والظلم مما لا يستباح بحال، فكان كإجراء كلمة الكفر، فرقوا بين هذا وبينما إذا كان الرجل في سفر واشتدّ جوعه، ومع رفيقه طعام، فلم يأخذ منه حتى مات، فإنه يأثم، وههنا قال: لا يأثم.

وكان الفقيه أبو إسحاق الحافظ يقول: لا فرق بين المسألتين، وتأويل ما يقول في المخمصة: إنه يأثم إذا كان صاحب الطعام يعطيه بالقيمة، فلم يأخذ ذلك بل صبر حتى مات، وهناك يأثم، فأما إذا كان لا يعطيه أصلا، ويتأذى بأخذه لا يأثم متى صبر حتى مات؛ لما ذكرنا في الإكراه، وفي المكره لو كان صاحب الطعام يعطيه بالقيمة، فلم يأخذ حتى قتل يقول: بأنه يأثم كما في حال المخمصة، فإذًا لا فرق بين المسألتين من حيث المعنى، وهذا إذا كان المكره حاضرًا، فأما إذا كان المكره غائبًا إن كان رسول المكره مع المكره ويخاف من رسوله على نفسه مثل ما يخاف من المرسل كان في سعة من أن يفعل ذلك، فأما إذا لم يكن معه رسول المكره وقد خلى سبيله ليفعل ذلك إلا أنه يخاف أنه إن ظفر به ولم يفعل ما أكرهه عليه قتله لا ينبغي له أن يفعل ذلك؛ لأن الإكراه زائل حقيقة إلا أنه يخاف عوده، ولهذا لا يحل تناول مال الغير.

١٨٧١٦- وإذا أكره الرجل على الزنا بامرأة، فزنى بها، كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أوّلا: يجب عليه الحد، ثم رجع، وقال: لا حد عليه، وهو قولهما، ويجب المهر على الزاني، سواء كانت المرأة مكرهة على الزنا، أو كانت طائعة، ولا يرجع بما ضمن

على المكره؛ لأن منفعة الوطء حصلت للزانى، وكان كما لو أكره على أكل طعام نفسه، فأكل إن كان جائعًا لا يرجع على المكره بشىء، وإن كان شبعان يرجع عليه بقيمة الطعام؛ لأن فى الفصل الأول حصل للمكره منفعة الأكل، وفى الفصل الثانى لم يحصل.

فإن قيل: هذا القدر يشكل بما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل، فإن الضمان على المكره، لا على المكره وإن كان المكره جائعًا، وقد حصل له منفعة الأكل.

قلنا: إنما لم يجب الضمان على المكره ثمة؛ لأن أكل طعام المكره بإذنه؛ لأن الإكراه على الأكل إكراه على القبض، فإنه لا يمكنه الأكل بدون القبض، وكما قبض المكره الطعام صار قبضه منقولا إلى المكره، فكأن المكره قبض لنفسه، وقال لهذا: كل، ولو قبض بنفسه صار غاصبًا ضامنًا، ثم صار آذنًا له بالأكل، ولو غصب حقيقة، وقال له: كل، فأكل وأدّى الغاصب بعد ذلك الضمان لا يضمن الآكل شيئًا؛ لأنه أكل طعام الغاصب بإذنه، كذا ههنا، وفى طعام نفسه لم يصر آكلا طعام المكره بإذنه؛ لأن المكره هناك يضمن بعد الأكل والإذن، بيانه: أن فى طعام نفسه لا يمكن أن يجعل المكره غاصبًا الطعام قبل الأكل؛ لأن ضمان الغصب لا يجب إلا بإزالة يد المالك، ولا يتصور إزالة يد المالك مادام الطعام فى يده أو فى فمه، فتعذر إيجاب ضمان الغصب قبل الأكل، حتى يصير الطعام ملكًا له قبل الأكل، وإذا لم يوجد سبب ضمان فى طعام المكره قبل الأكل صار آكلا طعام نفسه، لا طعام المكره إلا أن المكره متى كان شبعان، وقد أكرهه على إتلاف ماله، ومن أكره غيره على إتلاف ماله وأتلف ضمن المكره.

والمرأة إذا أكرهت على الزنا، فلا حد عليها؛ لأن الموجود منها التمكين لا غير، وإذا جاءت الإكراه لم يبقَ الفعل تمكينًا، والرجل أثم فى الإقدام على الزنا؛ لأن الزنا من المظالم، وأما المرأة إذا كانت مكرهة على الزنا، هل تأثم؟ ذكر شيخ الإسلام فى شرحه فى باب الإكراه على الزنا والقطع أنها إن أكرهت على أن تمكن من نفسها فمكنت فإنها تأثم؛ لأن التمكين منها زنا، ألا ترى أنها إذا كانت طائعة فى التمكين فمكنت حدت، وإن لم تمكن هى من نفسها وزنا بها لا إثم عليها، وذكر هو رحمه الله أيضًا فى باب الخيار فى الإكراه فرقا بين الرجل والمرأة.

والفرق أن الفعل فى الزنا للرجل، فأما المرأة فهى مفعول بها وليست بفاعل، وإنما الموجود منها التمكين من نفسها، وهو السكوت على ما كان عليه، ولا شك أن التمكين من الفعل دون حقيقة الفعل، فإذا قلنا: إن الرجل المكره على الزنا بوعيد تلف لا يتحذر يأثم لو قلنا: إن المرأة بعد تسويتها بينهما فى موجب الفعل مع التفاوت فى الفعل، وإنه لا يجوز كأن قضية ما ذكرنا من التفاوت بين فعلها، وبين فعله أن لا يستوى بينهما فى إيجاب الحد حال الطواعية إلا أنا عرفناذلك بالنص بخلاف القياس، وفى الإثم لا نص فردّ إلى ما يقتضيه القياس، وهذا كله إذا كان الإكراه بوعيد تلف، فإن كان الإكراه بوعيد سجن أو قيد، فعلى الرجل الحد بلا خلاف.

وأما المرأة فلا حد عليها، ولكنها تأثم، ولو امتنع المكره عن الزنا حتى قتل، فهو مأجور.

الفصل الثانى
فيما يزيد المكره على ما أكره عليه أو ينقص عنه، أو يأتى بشىء آخر

١٨٧١٧- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": لو أن لصًا غالبًا أكره رجلا بوعيد تلف على أن يطلق امرأته واحدة ولم يدخل بها، فطلقها ثلاثًا، وغرم لها نصف المهر لا يرجع بذلك على المكره، أما على قول أبى حنيفة رحمه الله: فلأنه طائع فى إيقاع الثلاث؛ لأنه خالف أمر المكره، ؛ لأنه أمره بالواحدة، والثلاث غير الواحدة، وأما عندهما فلأنه كما لو أوقع الواحدة، فقد أوقع الثانية والثالثة وهو طائع فى إيقاعهما، وإنه يكفى لتأكد نصف المهر، فصار الزوج راضيًا بتأكيد نصف المهر، فلا يثبت له حق الرجوع.

ولو أكره على أن يطلقها ثلاثًا، ولم يدخل بها، فطلقها واحدة، وغرم لها نصف المهر، رجع على المكره بذلك؛ لأن المكره على إيقاع الثلاث يكون مكرهًا على إيقاع الواحدة كالمأمور بإيقاع الثلاث يكون مأمورًا بإيقاع الواحدة.

١٨٧١٨- ولو أكرهه على أن يعتق نصف عبده بوعيد تلف، فأعتق الكل، فالعبد حر كله عندهم جميعًا، أما على قول أبى حنيفة: فلأنه طائع فى إعتاق الكل؛ لأن المكره على إعتاق النصف لا يكون مكرهًا على إعتاق الكل؛ لأن العتق عنده يتجزأ، وأما عندهما فلأنه وإن كان مكرهًا على إعتاق الكل؛ لأن المكره على إعتاق النصف مكره على إعتاق الكل عندهما؛ لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ إلا أن إعتاق المكره صحيح، ولا يرجع المكره على المكره بشىء عند أبى حنيفة رحمه الله لما ذكرنا أنه طائع فى إعتاق الكل عنده، وعندهما: يرجع عليه بقيمة العبد موسرًا كان أو معسرًا؛ لأنه مكره فى إعتاق الكل وما يجب على المكره من ضمان الإعتاق ضمان إتلاف، وضمان الإتلاف لا يختلف باليسار وبالعسار.

ولو أكرهه على أن يعتق العبد كله، فأعتق نصفه كان هذا والأول سواء فى قياس قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: يعتق العبد كله، ويغرم المكره قيمة العبد لمولاه

موسرًا كان أو معسرًا ؛ لأن إعتاق النصف والعتق عندهما لا يتجزأ كإعتاق الكل ، ولو أعتق الكل ، يعتق العبد كله ، ويرجع بقيمة العبد على المكره موسرًا كان أو معسرًا ، كذا ههنا .

أما على قول أبي حنيفة رحمه الله : يعتق نصف العبد ، ويبقى النصف رقيقًا ؛ لأن العتق عنده يتجزأ .

١٨٧١٩- وإذا أعتق نصف العبد رجع بنصف قيمة العبد ، وهو النصف الذى عتق منه على المكره ؛ لأنه كان مكرهًا بإعتاق النصف ، فالمكره على إعتاق الكل مكره على إعتاق النصف ، وأما النصف الذى لم يعتق من العبد على قول أبي حنيفة رحمه الله : هل يضمن المكره أم لا؟ إن كان المكره موسرًا يضمن ، وإن كان معسرًا لا يضمن ، ولو أكره بوعيد تلف على أن يقر له بألف درهم ، فأقر له بخمس مائة فالإقرار باطل ؛ لأنه إقرار مكره .

من مشايخنا من قال : هذا الجواب مستقيم على قولهما ، فإن الشهادة بألف درهم شهادة بخمسمائة عندهما ، حتى إن أحد الشاهدين إذا شهد بألف درهم ، وشهد الآخر بخمسمائة ، والمدعى يدّعى الألف ، تقبل الشهادة على خمسمائة عندهما ، فكذلك الإكراه على الإقرار بألف ، يكون إكراهًا على الإقرار بخمسمائة ، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله : الشهادة بألف لا تكون شهادة بخمس مائة حتى إن فى تلك المسألة لا يقضى بشىء عنده ، فكذا الإكراه على الإقرار بألف لا يكون إكراهًا على الإقرار بخمسمائة ، فكان الإقرار بخمسمائة إقرار طائع .

ومنهم من قال : ما ذكر فى الكتاب قول الكل ؛ لأن الإكراه على الإقرار بألف صح من المكره بشرائطه ، وصح ذكر الألف ، فيثبت خمسمائة فى ضمنه ، وكان الإكراه على الإقرار بألف إكراهًا على الإقرار بخمسمائة ، ألا ترى أن من ادّعى على آخر ألف درهم وشهد له شاهدان بخمسمائة قبلت الشهادة ، ولا بد لقبول الشهادة من الدعوى ، والمدّعى لم يدّع خمسمائة ولكن قبل دعوى الألف قد صح ؛ لأن الدعوى يتم بالمدّعى وحده ، فيثبت الخمسمائة ، فأما الشاهد بالألف لا يشهد بالخمسمائة مقصودًا ، وإنه ظاهر ، ولم يثبت الخمسمائة مشهودًا بها ، موجبًا للقضاء ضمنًا للألف ؛ لأن الآخر لم

يشهد بالألف، والألف لا يصير مشهودًا به موجبًا للقضاء بالواحد، فلا يثبت الخمسمائة مشهودًا بها موجبًا للقضاء، فلم يثبت الإنفاق من الشاهدين على الخمسمائة، فلا يقضى بالخمسمائة عنده لهذا.

ومسألة الإكراه تخالف مسألة الوكيل بالبيع بألف إذا باع بخمسمائة أيضًا، فإن الوكيل بالبيع بألف إذا باع بخمسمائة لم يصح، ولم يجعل الأمر بالبيع بألف أمرا بالبيع بخمسمائة، وههنا جعل الإكراه على الإقرار بألف إكراهًا على الإقرار بخمسمائة، ولو أكره على الإقرار بألف درهم، فأقر بألفي درهم، لزمه ألف درهم، وبطل عنه الألف؛ لأنه أقر بما أكره عليه وزيادة الألف، فكان طائعًا في الألف الزائد، فبطل إقراره فيما كان مكرهًا، وصح فيما كان طائعًا.

فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: ما ذكر من الجواب مستقيم على قولهما، فإنهما يقولان: إذا شهد أحد الشاهدين بالألف، والآخر بالألفين، والمدّعى يدّعى الألفين، قبلت الشهادة على الألف، وجعل الشاهد بألفين كالشاهد بألف وألف، فكذا ههنا، يجعل الإقرار بالألفين كالإقرار بألف، وألف عندهما، أما لا يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لم يجعل الشاهد بألفين كالشاهد بألف وألف، حتى لا تقبل الشهادة في تلك المسألة أصلا، فكذا هنا لا يجعل الإقرار بألفين كالإقرار بألف وألف عنده، وينبغي أن يلزمه كلا الألفين؛ لأنه أتى بغير ما أكره عليه، وكان طائعًا في الإقرار بألفين.

ومنهم من قال: ما ذكره في الكتاب قول الكل، وهو الأظهر، وفرقوا جميعًا بين الإقرار والبيع، فقالوا: لو أكره على الإقرار بألف درهم، فأقر بألفي درهم صح الإقرار في النصف، وبطل في النصف، ولو أكره على البيع بألف درهم، فباع بألفي درهم، جاز البيع في الكل.

١٨٧٢٠- ولو أكره على أن يقر له بألف درهم، فأقر له بمائة دينار، فهو جائز؛ لأنه إقرار طائع؛ لأنه لم يأتِ بما أكره، ولا ببعضه إنما أتى بجنس آخر، فرق بين الإقرار وبين البيع، فإنه إذا أكره على البيع بألف درهم، فباع بمائة دينار قيمتها ألف درهم، كان البيع فاسدًا استحسانًا، فقد جعل الإكراه على البيع بالدراهم إكراهًا على البيع

بالدنانير، ولم يجعل الإكراه على الإقرار بالدراهم إكراهًا على الإقرار بالدنانير، وفرق أيضًا: بين الإكراه على البيع وبين التوكيل بالبيع، فلم يجعل التوكيل بالبيع بألف درهم توكيلا بالبيع بمائة دينار حتى قال: الوكيل بالبيع بألف درهم، إذا باع بمائة دينار قيمتها ألف درهم لا يجوز، كما لو باعه بعرض قيمته ألف درهم، وجعل الإكراه على البيع بألف درهم إكراهًا على البيع بمائة دينار قيمتها ألف درهم، ولو أكره على البيع، فوهب كان جائزًا؛ لأن هذه هبة طائع من كل وجه؛ لأنه لم يأتِ بما أكره عليه ولا ببعضه، إنما أتى بجنس آخر، وكذلك لو أكره على الأقرار بألف، فوهبها له.

١٨٧٢١- ولو أخذوه بمال يؤديه، فأكرهوه على أداءها، ولم يذكروا له جارية، فباع جاريته ليؤدى المال، فالبيع جائز؛ لأنه طائع فى البيع، وإنما أكره على أداء المال، وجهة بيع الجارية غير متعين لأداء المال، فقد يتحقق أداء المال بطريق الاستقراض والاستيهاب من غير بيع الجارية، وهذا هو عادة الظلمة إذا أرادوا أن يصادروا رجلا تحكموا عليه بالمال، ولا يذكرون له بيع شيء من ملكه حتى إذا باعه ينفذ بيعه، فالحيلة لمن ابتلى به أن يقول: من أين أؤدّى؟ ولا مال لى، وإذا قال له الظالم: بع جاريتك، فالآن يصير مكرهًا على بيعها، فلا ينفذ بيعها -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الثالث
فيما يخطر على بال المكره غير ما أكره عليه

١٨٧٢٢- إذا أكره بوعيد تلف على أن يكفر بالله، فتكلم بكلمة الكفر وقلبه مطمئن بالإيمان، ولم يخطر على باله شيء سوى ما أكره عليه من إنشاء الكفر، فهذا لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، وفيه ترك قوله تعالى: ﴿إلا مَن أُكرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بالإيْمَانِ﴾[1].

١٨٧٢٣-واعلم بأن هذه المسألة على ثلاثة أوجه: أحدها: ما ذكر، والثاني: أن يخطر بباله الخبر بالكفر عما مضى بالكذب بأن لم يكن كفر قط فيما مضى، وقال: أردت به الخبر عما مضى بالكفر كاذبًا، ولم أرد به كفرًا مستقبلا، فهذا يكفر في القضاء، ولا يكفر فيما بينه وبين الله تعالى، وذلك لأنه لما قال: خطر ببالي أن أخبر بالكفر بالكذب، وهو لم ينشئ كفرًا، وإنما أخبر بالكفر عما مضى كاذبًا، والإخبار عن الماضي غير الإنشاء، فقد عدل عما أكره عليه، فيجعل طائعًا في الإخبار، ومن أخبر عن كفر فيما مضى طائعًا، ثم قال: عنيت الكذب، لا يصدقه القاضي، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى.

الوجه الثالث: أن يقول: خطر ببالي الإخبار عن كفر في الماضي بالكذب، لكني لم أرد الكذب، وإنما أردت كفرًا مستقبلا جوابًا بكلامهم، فهذا كافر في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى، وذلك لأنه لما خطر بباله الإخبار بالكفر في الماضي كاذبًا، فقد أمكنه التخلص عما أكره عليه بأقل مما أكره عليه، وهو الإخبار عن الكفر فيما مضى، فإنه أكره على إنشاء الكفر، والإخبار دونه، ألا ترى أن من أكره على الإقرار بالعتق، فأقر فإنه لا يعتق عبده، لا في القضاء، ولا فيما بينه وبين الله تعالى.

١٨٧٢٤-ومن أكره على إنشاء العتق، وأعتق فإنه يعتق فيما بينه وبين الله تعالى، وإذا أنشأ الكفر طائعًا يكفر فيما بينه وبين الله تعالى، وإذا أخبر عن الكفر فيما مضى كاذبًا

---

(١) وقد سبقت.

لا يكفر فيما بينه وبين الله، ومتى أمكن للمكره دفع الإكراه بأقل مما أكره عليه، فأتى بالزيادة يجعل طائعًا فى الزيادة؛ لأنه لاحاجة له إلى الزيادة بخلاف ما إذا لم يخطر بباله الإخبار عن الكفر فيما مضى بالكذب وأنشأ كفرًا وقلبه مطمئن بالإيمان؛ لأن هناك لا يمكنه دفع الإكراه إلا بعين ما أكره عليه، فجعل مكرهًا، والمكره على إنشاء الكفر لا يكفر فى القضاء، ولا فيما بينه وبين الله تعالى.

كذلك على هذا إذا أكره بوعيد تلف ليصلى إلى الصليب، فصلى إلى الصليب، فالمسألة على ثلاثة أوجه: الأول: إذا قال: خطر ببالى أن أصلى لله وقد صليت لله لا للصليب، وفى هذا الوجه لا يكفر هو فى القضاء، ولا فيما بينه وبين الله تعالى.

الوجه الثانى: أن يقول: خطر ببالى أن أصلى لله تعالى، ولم أصلِّ لله، وصليت للصليب، وفى هذا الوجه يكفر فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى.

الوجه الثالث: أن يقول: لم يخطر ببالى شىء، وصليت للصليب مكرهًا، وفى هذا الوجه لا يكفر فى القضاء، ولا فيما بينه وبين الله تعالى.

وكذلك لو أكره على شتم محمد ﷺ، فشتم فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: الأول: أن يقول: ما خطر ببالى شىء وشتمت محمداً ﷺ مكرهًا، وفى هذا الوجه لا يكفر لا فى القضاء، ولا فيما بينه وبين الله تعالى.

الثانى: أن يقول: خطر ببالى رجل من النصارى، يقال له: محمدًا: فشتمته ولم أشتم محمدًا ﷺ، وفى هذا الوجه الجواب كذلك.

قال شمس الأئمة السرخسى: أطلق[١] محمد رحمه الله فى العبارة حيث لم يقل: خطر ببالى رجل من المسلمين يقال له: محمد؛ لأن شتم النصارى دون شتم المسلمين.

الثالث: أن يقول: خطر ببالى رجل من النصارى، ويقال له: محمد، فتركت ذلك، وشتمت محمدًا ﷺ، وفى هذا الوجه يكفر فى القضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى، وإنه يخرج على ما ذكرنا.

١٨٧٢٥- ولو أكره على إعتاق عبده بوعيد تلف فقال له: أنت حر، فهذه المسألة

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى ظ وف وم: "أطرق".

على ثلاثة أوجه أيضًا: الأول: أن يقول: خطر ببالى الإخبار بالحرية فيما مضى كاذبًا، وقد أردت ذلك لا إنشاء الحرية، وفى هذا الوجه عتق العبد فى القضاء، ولا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه عدل عما أكره عليه، وكان طائعًا فى الإقرار، فلا يصدقه القاضى فى دعوى الإخبار كاذبًا، ولا يضمن المكره شيئًا؛ لأن العبد إنما عتق بالإقرار طائعًا، فلا يكون على المكره ضمانه.

الوجه الثانى: أن يقول: خطر ببالى الإخبار كاذبًا، وتركت ذلك وأردت عتقًا مستقبلا كما طلب منى، وفى هذا الوجه عتق العبد فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى، وهذا ظاهر، ويكون المكره ضامنًا قيمة العبد؛ لأن الذى خطر على باله لو فعل عتق العبد أيضًا فى القضاء، فإتلاف المالية بفعل المكره فى القضاء يتحقق، فسواء قصد ما خطر بباله أو لم يقصد، كان الإتلاف فى القضاء مضافًا إلى المكره، وكان عليه قيمته.

الوجه الثالث: أن يقول: لم يخطر ببالى شىء، وقد أثبت بما طلب منى كان الجواب فيه كالجواب فى الوجه الثانى، فإن قال المكره لصاحب العبد: قد خطر ببالك إخبار عن العتق فيما مضى كاذبًا وقد أردت ذلك لا عتقا مستقبلا، فليس لك أن تضمننى، وقال المكره: لا، بل أردت عتقًا مستقبلا ولى أن أضمنك قيمة العبد، فالقول قول صاحب العبد؛ لأنه أعلم بما فى ضميره، وللمكره أن يستحلفه على ما ادّعى؛ لأنه ادّعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول، والجواب فيما إذا أكره على طلاق امرأته، وقد سمّى لها مهرًا إلا أنه لم يدخل بها نظير الجواب فى فصل الإعتاق فى حق وقوع الطلاق، ورجوع الزوج على المكره فى الوجوه الثلاث، إلا أن الرجوع ههنا بنصف الصداق، وثمة الرجوع بقيمة العبد.

١٨٧٢٦-وإن اتهم المكره الزوج، وقال: أردت به الإخبار بالكذب عن الماضى لا إنشاء الطلاق، وقال الزوج: لا، بل أردت إنشاء الطلاق فالقول قول الزوج مع اليمين على ما مر فى فصل العتق.

الفصل الرابع
فى الخيار فى الإكراه

١٨٧٢٧- وإذا أكره الرجل بوعيد تلف على أن يعتق عبده، أو يطلق امرأته التى لم يدخل بها أيهما شاء، ففعل المكره أحدهما نفذ ذلك عليه، ويرجع بما ضمن على المكره بالأقل من قيمة العبد ومن نصف الصداق؛ لأنه فى التزام الأقل مضطر، وفى التزام الأكثر غير مضطر، والرجوع على المكره بسبب الاضطرار، فيرجع بالأقل لهذا، وإن كان الزوج قد دخل بالمرأة، وباقى المسألة بحالها لم يرجع على المكره بشىء، إن أوقع الطلاق فلا إشكال؛ لأن المكره بالإكراه على إيقاع الطلاق لم يؤكد عليه مهرًا كان على شرف السقوط إنما أتلف عليه مجرد ملك النكاح، وملك النكاح ليس بمال، فلا يضمن بالمال، وإن أوقع العتق، فلأنه كان يمكنه دفع البلأ بالطلاق، وإنه دون العتق؛ لما أن المتلف به ليس بمال، فيجعل طائعًا فى العتق، فلا يكون له الرجوع.

١٨٧٢٨- ولو أكره بوعيد تلف ليكفرن بالله، أو ليقتلن هذا الرجل المسلم كان فى سعة أن يكفر بالله، إذا كان قلبه مطمئنًا بالإيمان ولا يسعه القتل، وإن صبر على ذلك حتى قتل كان ذلك أعظم لأجره، وإن أبى الكفر، وقتل ذلك الرجل، فالقياس أن يقتل به، وفى الاستحسان: لايقتل به إذا لم يكن عالـمًا أن الكفر يسعه فى هذا الوجه، ولكن تجب الدية فى ماله فى ثلاث سنين، وإنما لم يجب عليه القصاص؛ لأنه اشتبه عليه ما يشتبه مثله إذا لم يعلم بإباحة إظهار الكفر؛ لأنه استعظم الكفر، ولا شك أن حرمة الكفر أعظم من حرمة قتل النفس، ألا ترى أن الدماء يتلف لأجل الكفر، وألا ترى أن الكفار إذا تترسوا بأطفال المسلمين وبأسارى المسلمين حل للمسلمين الرمى إليهم لدفع الكفر، فهو معنى قولنا: إنه اشتبه عليه ما يشتبه مثله، فيصير ذلك شبهة فى درء القتل.

فأما إذا علم أن الكفر يسعه مع هذا قتل ذلك الرجل، لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الكتاب، وأكثر مشايخنا على أنه يلزمه القود؛ لأنه لا يبقى له شبهة فى هذه الصورة فى الإقدام على القتل.

ولو قيل له : لتأكلن هذه الميتة ، أو تقتل هذا الرجل المسلم ، فإنه ينبغي أن يأكل الميتة ، ولا يقتل الرجل ، وإن لم يأكلها حتى قتل ، فهو آثم إذا كان يعلم أن أكل الميتة يباح عند الضرورة ، وإن لم يأكل الميتة ، وقتل المسلم ، فعليه القود ، ولم يشترط محمد رحمه الله في مسألة الميتة لإيجاب القود أن يعلم أنه يسعه أكل الميتة .

حكى الفقيه أبوبكر محمد بن عبد الله البلخي : أنه قال : إنما يجب عليه القود إذا كان يعلم أن أكل الميتة يسعه حالة الضرورة ، أما إذا كان لا يعلم ، لا قود عليه ، وكان يسوّي بين مسألة أكل الميتة وبين مسألة الكفر ، وعامة مشايخنا قالوا : في مسألة الميتة يجب القود على المكره على كل حال علم أن أكل الميتة يسعه أو لم يعلم ، وهذا كله إذا كان الإكراه بوعيد تلف ، أما إذا كان الإكراه بوعيد سجن أو قيد لم يسعه أن يكفر ، وإن فعل بانت منه امرأته .

وكذلك في مسألة أكل الميتة والخنزير إذا كان الإكراه بحبس أو قيد لم يسعه الأكل ، وإن أكل كان آثمًا ، وكذلك في شرب الخمر إذا كان الإكراه بوعيد سجن أو قيد لا يحل له أن يشرب ، فإن شرب مع ذلك فالقياس أن يحد ، وفي الاستحسان : لا يحد .

وذكر شمس الأئمة السرخسي القياس والاستحسان في شرحه ، فعلى جواب الاستحسان : اعتبر الإكراه بالقيد والحبس شبهة في درء حد الشرب ، وفرق بينه وبين القتل والزنا ، فإن المكره على الزنا أو على القتل بوعيد حبس أو قيد إذا زنى يحد ، وإذا قتل يقتل ، ولم يعتبر الإكراه بالقيد ، والحبس شبهة في درء حد الزنا والقصاص .

ولو قيل له : لتقتلن هذا المسلم أو تزني بهذه المرأة وإلا لنقتلنك لا يسعه أن يفعل واحدًا منهما ، فإن قتل الرجل لم يكن عليه قود ، وكان القود على المكره بالقتل ، وإن زنى ولم يقتل ، فالقياس أن يحد ، وفي الاستحسان لا يحد ، ولم يذكر القياس والاستحسان في القتل ، قيل : إنما ذكر القياس والاستحسان في الزنا خاصة ؛ لأن في الزنا وجد دليل الطواعية بوجه ما ، وهو انتشار آلة ، وفي فصل القتل لم يوجد دليل الطواعية بوجه ما .

وقيل : القياس في فصل الزنا قول أبي حنيفة رحمه الله الأول ، والاستحسان في الزنا قوله الآخر على ما مرّ قبل هذا ، وقيل : هذا قياس واستحسان آخر بناء على قوله

الآخر.

ولو كان الإكراه بوعيد حبس أو قيد فزنى، حدّ قياسًا واستحسانًا.

وكذلك إذا قتل، قتل، ولو قيل له: لتقتلن هذا المسلم، أو لتأخذن مال هذا، فتستهلكه وإلا لنقتلنك، فلا بأس بأن يأخذ المال ويستهلكه، ولا ضمان عليه فى ذلك، إنما الضمان على المكره، ويصير هو فى ذلك آلة للمكره، وإن قتل الرجل قتل به، وإن أبى عنهما حتى قتل، فهو أفضل؛ لأنه بذل نفسه لدفع الظلم عن الغير.

١٨٧٢٩- ولو أكره بوعيد قتل على أن يقتل عبده هذا، أو يتلف ماله هذا، فلم يفعل واحدًا منهما حتى قتل كان فى سعة من ذلك؛ لأنه قتل لأجل ماله، وقد قال عليه السلام: «من قتل دون ماله فهو شهيد»[1]، وإن استهلك ماله، ولم يقتل عبده، فهو أحسن، وكان ضمان المال على المكره، وإن قتل العبد، ولم يستهلك المال، فهو آثم، ولم يكن على الذى أكرهه قود ولا ضمان؛ لأن هذا قتل طائع؛ لأنه كان يتخلص باستهلاك المال، وهو مباح له شرعًا، فاعتبر طائعًا فى قتل العبد، ومن قتل عبده طائعًا، فهو آثم، ولا ضمان، ولا قود على غيره.

١٨٧٣٠- ولو أكره بوعيد تلف على أن يأخذ مال هذا الرجل أو مال هذا الرجل الآخر، فلابأس أن يأخذ مال أحدهما، ثم أى المالين أولى بالأخذ، فهذه المسألة على وجوه: الأول: أن يكون صاحب المال فى الغنى على السواء، وإنه على وجهين: إن كان المالان فى المقدار على السواء، فله أن يأخذ، ويتلف مال أيهما شاء، وضمان ذلك على الذى أكرهه، وإن أتلف الأكثر ضمنه، ولا رجوع له على الذى أكرهه.

---

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" ٢/ ٨٧٧ حديث (٢٣٤٨) ومسلم فى "صحيحه" حديث (١٤١) وابن حبان فى "صحيحه" ٧/ ٤٦٧ حديث (٣١٩٤-٣١٩٥) والحاكم فى "المستدرك" ٣/ ٧٤١ حديث (٦٦٩٧) والضياء فى "الأحاديث المختارة" ٣/ ٢٩١ حديث (١٠٩١) وفى ٣/ ٢٩٢، ٢٩٥، ٢٩٦، وأبو داود فى "سننه" ٤/ ٢٤٦ حديث (٤٧٧٢) والترمذى فى فى "سننه" ٤/ ٢٩-٣٠ حديث (١٤٢١ و١٤٢٩) والنسائى فى "المجتبى" ٧/ ١١٤ حديث (٤٠٨٦) والطيالسى فى "مسنده" ١/ ٣٢ حديث (٢٣٣) وأحمد فى "مسنده" أيضًا ٢/ ٢٢١ حديث (٧٠٥٥) وأبو يعلى فى "مسنده" ١/ ١١٤ حديث (١١٣) وابن أبى شيبة فى "مصنفه" ٥/ ٤٦٨-٤٦٩ حديث (٢٨٠٤٧ و٢٨٠٤٩) وعبد الرزاق أيضًا فى "مصنفه" ١٠/ ١١٣، ١١٤، ١١٥، ١١٦، والبزار فى "مسنده" ٤/ ٨٩-٩٠ حديث (١٢٥٩ و١٢٦١).

الوجه الثانى : أن يكون أحد صاحبى المال أغنى من الآخر ، وإنه على وجهين أيضًا : إن كان المالان فى المقدار على السواء ، يتلف مال أكثرهما غنى ، وكذلك إذا كان أحد المالين أكثر من الآخر ، فإنه يتلف مال أكثرهما غنى ؛ لأن ما يلحق أغناهما باستهلاك ماله ، وإن كان كثيرًا من الفقر والفاقة أقل مما يلحق من كان دونه فى الغنى باستهلاك ماله ، وإن كان قليلا ، فضمان ذلك على الذى أكرهه .

الوجه الثالث : أن يكونا فقيرين ، وهما فى الفقر على السواء ، فإن كان المالان فى المقدار على السواء يتخير فى الأخذ ، وإن كان أحدهما أقل ، يأخذ الأقل ، وإن كان أحدهما أفقر من الآخر لا يأخذ مال الأفقر ، وإنما يأخذ مال صاحبه على كل حال -والله أعلم- .

الفصل الخامس
فيما يكره الرجل فيه على أن يفعل بنفسه أو ماله

١٨٧٣١- إذا أكره السلطان رجلا بالقتل على أن يقطع يد نفسه وسعه على أن يقطع يده إن شاء، وإنما وسعه قطع اليد؛ لأنه ابتلى بين بليتين، وقطع اليد أهونهما، وإنما قيّد بالمشيئة؛ لأن القطع قد يسرى، فيصير قتيلا، ولا يحل قتل نفسه بحال، ولا يدرى في الحال أ يسرى أو لا يسرى؟ فقيده بالمشيئة لهذا وإن قطع يد نفسه، ثم خاصم المكره في ذلك فعلى المكره القود، ويجعل المكره آلة للمكره في القطع، فكأن المكره قطع يده بنفسه، وهذا ظاهر على قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله؛ لأنهما يجعلان المكره على القتل آلة للمكره، إنما الإشكال على قول أبي يوسف رحمه الله، وقد اختلف المشايخ فيه على قوله، بعضهم قالوا: يقضى عليه بالقود بخلاف فصل القتل، وقال بعضهم: لا يقضى بالقود، وإنما يقضى بنصف الدية في ماله في ثلاث سنين، كما في فصل القتل.

١٨٧٣٢-ولو أكرهه بالقتل على أن يقتل نفسه لا يسعه أن يقتل نفسه، ولو قتل نفسه، فلا شيء على المكره.

١٨٧٣٣-ولو أكرهه بالقتل على أن يلقى نفسه في النار، ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه: أنه في سعة من أن يلقى نفسه في النار، سواء كان يرجو النجاة من النار أو لا يرجو.

وذكر شيخ الإسلام في شرحه: أنه إن كان يرجو الخلاص والحياة، متى ألقى نفسه في النار كان في سعة من ذلك، فإذا طرح نفسه في النار ومات، فإنه يجب على المكره القود في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، أما على قول أبي يوسف رحمه الله ما ذا يجب على المكره: فقد اختلف المشايخ فيه.

بعضهم قالوا: تجب الدية، وبعضهم قالوا: يجب القود، وإن كان لا يرجو

الخلاص متى ألقى نفسه فى النار، فهذا على وجهين : إن كان لا يرى لنفسه راحة ولا منفعة ولا تأخير موت حتى يصلح بعض أموره لا يسعه أن يلقى نفسه فى النار، وإن ألقى فلا يكون على المكره شىء، وأما إذا كان يرى لنفسه نوع راحة أو نوع منفعة من تأخير موته حتى يصلح بعض أموره، فقد اختلفوا فيه : قال أبو حنيفة رحمه الله : يسعه أن يلقى نفسه فى النار، وقالا : لا يسعه ذلك.

قال شيخ الإسلام : لم يذكر محد رحمه الله هذا الاختلاف فى الإكراه، إنما ذكره فى "السير الكبير" فى جنس هذه المسألة، فقال : قوم من المسلمين فى سفينة، فأتاهم العدو، فأضرموا فيها النار، والذين فى سفينة يعلمون أنهم إن أقاموا فى السفينة هلكوا، وإن ألقوا أنفسهم فى الماء هلكوا، قالوا : إن كانوا لا يرون لأنفسهم راحة أو منفعة فى إلقاء أنفسهم فى الماء لا يسعهم إلقاء أنفسهم فى الماء، وإن كانوا يرون لأنفسهم أدنى راحة، وسعهم إلقاء أنفسهم فى الماء عند أبى حنيفة خلافًا لهما، ثم إذا ألقى نفسه فى النار، مات فى هذا الوجه، فالجواب فيه والجواب فيما إذا ألقى نفسه فى النار، وهو يرجو النجاة سواء.

١٨٧٣٤-ولو أكرهه بالقتل على أن يطرح نفسه من فوق هذا البيت، ومن رأس هذا الجبل، أو على أن يلقى نفسه فى الماء.

ذكر شيخ الإسلام رحمه الله الجواب فيه على التفصيل الذى ذكرنا : إن كان يرجو النجاة فى الطرح والإلقاء كان فى سعة من ذلك، فإذا طرح نفسه ومات، وكان على عاقلة المكره الدية، ويجعل المكره آلة للمكره فى ذلك، كأن المكره طرحه بنفسه، ومن طرح إنسانًا من فوق عليه ومات، فإنه لا يجب القود على الطارح إذا كان يرجى فيه النجاة غالبًا؛ لأنه حينئذٍ يكون هذا بمنزلة ما لو ضرب إنسانًا بالعصا الصغير حتى مات، وهناك تجب الدية على عاقلة الضارب، ولا يجب القود بالإجماع، كذا ههنا.

١٨٧٣٥-فأما إذا كان لا يرجو النجاة ويعلم أنه يموت لامحالة إن كان لا يرى لنفسه راحة فى الطرح والإلقاء، لا يلقى نفسه بل يصبر حتى يقتله المكره، حتى لا يكون قاتلا نفسه، وإذا ألقى نفسه فى هذه الصورة ومات فدمه هدر بالإجماع، وإن كان يرى لنفسه راحة، أو زيادة منفعة من تأخير موته، فالمسألة على الاختلاف، فإن طرح نفسه

حتى مات، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: تجب الدية على عاقلة المكره، وعلى قول محمد رحمه الله: يجب القود، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: تجب الدية في مال المكره.

١٨٧٣٦-ولو قال له: لتقطعن يدك، أو لأقطعها أنا لا يسعه أن يقطع يد نفسه، ولو قطع هدر يده.

وكذلك لو قال له: لتقتلن نفسك أو لأقتلنك بالسيف، أو ذكروا له نوعًا من القتل هو أشد مما أمروا أن يفعل[1] بنفسه بالسيف وسعه أن يقتل نفسه، وإذا قتل وجب القصاص على المكره؛ لأن الإكراه تحقق ههنا؛ لأنه قصد بالإقدام على ما طلب منه دفع ما هو أشد منه عليه، والقتل بالسياط أشد من القتل بالسيف، قال شيخ الإسلام: هذا يجب أن يكون على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله قياسًا على مسألة السفينة المذكورة في "السير الكبير".

(١) هكذا في ظ، وفي م: "لأن يفعل بنفسه"، وفي حاشية ظ: "له أن يقتل نفسه بالسيف".

الفصل السادس
فى الإكراه على التوكيل

١٨٧٣٧- السلطان إذا أكره رجلا على التوكيل بالطلاق والعتاق، ففعل ذلك، ثم إن الوكيل أعتق العبد، أو طلق المرأة عتق العبد، وطلقت المرأة، وضمن المكره للمولى قيمة العبد، ونصف الصداق للزوج إن كان الزوج لم يدخل بالمرأة، وفى المسألة قياسان واستحسانان، القياس أن لا يصح التوكيل، فلا يقع طلاق الوكيل وإعتاقه، وفى الاستحسان يصح التوكيل، فيقع طلاق الوكيل وإعتاقه، وبعد ما صح التوكيل ووقع الطلاق والعتاق القياس أن لا يضمن المكره شيئًا، وفى الاستحسان: يضمن، وإن كان الإكراه بوعيد حبس أو قيد، فلا ضمان على المكره.

١٨٧٣٨-ولو أكرهه بوعيد قتل على أن يوكل هذا ببيع عبده بألف درهم، وأكرهه على دفع العبد إليه ليبيعه، ففعل ذلك، ثم إن الوكيل باع العبد وأخذ الثمن، ودفع العبد إلى المشترى، فهلك العبد فى يد المشترى والكيل والمشترى طائعان، فمولى العبد بالخيار، إن شاء ضمن المكره قيمة العبد، وإن شاء ضمن الوكيل، وإن شاء ضمن المشترى؛ لأنه قبض العبد طائعًا بحكم عقد فاسد، فإن ضمن المشترى، لا يرجع على أحد بشيء، يريد به لا يرجع على أحد بشيء من ضمان القيمة، أما يرجع بالثمن على الوكيل؛ لأن العبد استحق من يده معنى لما أخذ منه قيمة العبد، وإذا اختار تضمين الوكيل، رجع الوكيل على المشترى بالقيمة، ولم يرجع على المكره، أما لم يرجع على المكره؛ لأن الوكيل كان طائعًا فى قبض العبد، ولم يكن مكرهًا عليه من جهة المكره، وأما يرجع على المشترى؛ لأنه ملك العبد بالضمان من جهة المالك، ألا ترى أن العبد لو كان قائمًا فى يد المشترى أخذه الوكيل من المشترى؛ لأن البيع لا ينفذ على الوكيل، فإذا كان هالكًا فى يد المشترى ضمنه قيمته.

وللمشترى أن يرجع على الوكل بالثمن، فيتقاصّان ويترادّان الفضل، وإنما لم ينفذ بيع الوكيل ههنا، وإن ملك العبد بالضمان سابقًا على البيع؛ لأنه باع العبد للمكره

لا لنفسه ، فلم يجز أن ينفذ عليه بخلاف الغاصب إذا باع المغصوب ، ثم ملكه بأداء الضمان حيث ينفذ بيعه عليه ؛ لأنه باعه لنفسه ، فأمكن التنفيذ عليه مع[1] ملكه سابقًا على البيع ، قياس مسألة الغصب من مسألتنا ، أن لو قال الغاصب : بعته للمالك ، ثم ملكه بأداء الضمان بعد ذلك ، ولو كان هكذا لكان لا ينفذ بيع الغاصب عليه ، وإن اختار تضمين المكره ، رجع المكره بما ضمن إن شاء على المشترى إن شاء على الوكيل ، ولو كان الإكراه بوعيد حبس أو قيد ، لم يضمن المكره شيئًا ؛ لأن المولى كان طائعًا فى دفع العبد ؛ لأن الحبس والقيد لا يعتبر إكراهًا فى الدفع ، فصار دافعًا عبده طائعًا إلى الوكيل ، فلا يصير الدافع منقولا إلى المكره بخلاف ما إذا كان الإكراه بوعيد قتل .

وإذا خرج المكره من الوسط ذكر بعد هذا إن المولى بالخيار ، إن شاء ضمن الوكيل قيمة العبد ، ورجع الوكيل بما ضمن على المشترى ، وتقع المقاصة بين القيمة والثمن ، وإن شاء ضمن المشترى ، ثم لا رجوع للمشترى بما ضمن على أحد ، ومعناه ما ذكرنا .

ولو كان الوكيل والمولى مكرهين بوعيد قتل ، وباقى المسألة بحالها ، فليس لمولى العبد تضمين الوكيل ؛ لأن الوكيل لما كان مكرهًا على القبض والتسليم انتقل ذلك كله إلى الموكل ، فلم يوجد من الوكيل قبض ولا تسليم .

وإذا خرج الوكيل من الوسط كان لمولى العبد الخيار ، إن شاء ضمن العبد المكره ، ورجع المكره بما ضمن على المشترى ، وإن شاء ضمن المشترى ولا رجوع للمشترى بما ضمن على المكره ولو كان القوم جميعًا مكرهين بوعيد قتل ، وباقى المسألة بحالها ، فلا ضمان لمولى العبد لا على الوكيل ولا على المشترى ؛ لأن فعل الوكيل والمشترى صار منقولا إلى المكره ههنا ، ولكن يضمن المكره قيمة العبد ، والمكره لا يرجع بما ضمن على أحد ، ولو كانوا جميعًا مكرهين بوعيد حبس أو قيد ، فلا ضمان على المكره ، وللمولى الخيار إن شاء ضمن الوكيل ، ورجع الوكيل بما ضمن على المشترى ، وإن شاء ضمن المشترى ، ولا رجوع للمشترى بما ضمن على الوكيل .

---

(١) وفى ف وم : "متى" .

الفصل السابع
في الإكراه على ما يجب به العتق

١٨٧٣٩- إذا أكره بوعيد تلف على شرى عبد قد كان المشترى حلف بعتقه إن ملكه وعلى قبضه، فاشترى وقبضه، عتق عليه، ولزم المشترى قيمته؛ لأنه عتق عليه بحكم شرى فاسد، ولا رجوع له بما ضمن على المكره.

وكذلك لو أكره بشراء ذى رحم محرم عليه منه وقبضه، فاشتراه وقبضه عتق عليه، ولزمه قيمته، ولا يرجع بما ضمن على المكره، وكذلك لو أكرهه بشراء أمة قد ولدت منه بالنكاح وبقبضها، أو يشترى أمة قد جعلها مدبّرة إن ملكها ويقبضها، ولو أكرهه بوعيد قتل على أن يجعل كل مملوك يملكه فيما يستقبل حرًّا ففعل ذلك، ثم اشترى مملوكًا، أو وهب له، أو تصدق عليه، أو أوصى له به عتق؛ لأن اليمين تصرف يصح مع الهزل، فيصح مع الإكراه، وصار يمين المكره وقد صح، ويمين الطائع سواء، ولا يغرم المكره شيئًا من قيمة المملوك للمكره، وكان ينبغى أن يغرم؛ لأن العتق مضاف إلى اليمين لا إلى الشرط، وهو كان مكرهًا على اليمين.

والجواب: العتق وإن كان مضافًا إلى اليمين إلا أنه غير مكره على العتق؛ لأنه يمكنه[1] دفع العتق من غير ضرر يلحقه، بأن لا يقبل الهبة والوصية، ولا يشترى عبدًا، وكان هذا عتق طائع معنى، فلا يوجب الضمان على أحد، فإن كان قد ورث عبدًا وعتق، فالقياس أن لا يضمن المكره قيمة العبد، وفى الاستحسان: يضمن، فعلى جواب الاستحسان فرق بين الإرث والشراء والهبة والوصية.

والفرق أن فى فصل الإرث لا يمكنه دفع العتق من نفسه، بخلاف الشرى والهبة والوصية.

ولو أكرهه على أن يقول: أن صليت، فأنت حر إن شربت أو أكلت، ثم صنع

---

(١) وفى ظ: "يملكه".

شيئًا مما استحلفه عليه، حتى عتق العبد غرم الذى أكرهه قيمة العبد؛ لأنه لا يمكنه دفع العتق عن نفسه إلا بضرر يلحقه إما فى الدنيا، وإما فى العقبى، بخلاف ما إذا كان العتق مطلقًا بدخول الدار، أو بأكل شىء خاص له منه بدّ -والله أعلم-.

الفصل الثامن
فى الإكراه على مايجعله الرجل لله على نفسه وفى أداء ما وجب لله عليه

١٨٧٤٠ - قال محمد رحمه الله: ولو أن سلطانًا أكره رجلا حتى جعل على نفسه صدقة، أو صومًا، أو حجًا، أو عمرة، أو غزوة فى سبيل الله أو شيئًا يتقرب إلى الله، ففعل ذلك لزمه؛ لأن النذر واليمين كل واحد منهما تصرف يصح مع الهزل، فيصح الإكراه ولا ضمان على المكره لا قبل الأداء ولا بعده.

أما قبل الأداء فلأن المكره قبل الأداء لم يتلف عليه شيئًا، وأما بعد الأداء أما إذا أدّاه باختياره فظاهر، وأما إذا أكرهه على الأداء فلأنه أكرهه على إقامة ما هو فرض عليه؛ لأن بعد صحة النذر افترض عليه الأداء، والإكراه على إقامة ما هو فرض لا يوجب الضمان على أحد، ألا ترى أن القاضى إذا أكره رجلا على قضاء الدين لا يضمن، وإنما لا يضمن؛ لأنه أكرهه على إقامة ما هو فرض.

١٨٧٤١ - قال: وإذا وجب على الرجل كفارة ظهار، فأكرهه السلطان على أن يعتق عن ظهاره فأعتق، فهذا على وجهين: إن أكرهه على إعتاق عبد بغير عينه فلا ضمان على المكره؛ لأنه أكرهه على إقامة ما هو فرض، فإن المفروض فى باب الظهار تحرير رقبة بغير عينها على ما قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ. . .﴾ إلى أن قال: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[1].

وأما إذا أكرهه على إعتاق عبد بعينه ذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه مطلقًا من غير تفصيل: أن على المكره قيمة العبد، ولا يجزئ عن الكفارة؛ لأنه فى معنى عتق بعوض.

وذكر شيخ الإسلام فى شرحه تفصيلا، فقال: إن كان العبد الذى أكرهه على

(١) سورة المجادلة: الآية٣.

تحريره أخس[1] العبيد وأدونهم قيمة بحيث لا يكون عبد آخر أخس من هذا، وأدون منه قيمة، فلا ضمان على المكره؛ لأنه أكرهه على ما هو فرض عليه؛ لأن المفروض عليه شرعًا أخس الرقاب بعد أن يكون سليم الأطراف، وإن كان غيره أخس منه وأدون قيمة منه، ضمن المكره قيمته؛ لأن الواجب عليه إعتاق أخس العبيد، فإذا لم يكن أخس العبيد صار بقدر الزيادة مكرهًا له على ما ليس بواجب عليه، فيلزمه ضمان ذلك القدر، ولا يجزئ المكره على الكفارة؛ لأنه لا يجزئ بقدر الزيادة؛ لأنه فى معنى عتق بعوض، ولا يجزئ الباقى؛ لأن الباقى ناقص عن الرقبة، فإن قال المكره: أنا أبرئ المكره عن القيمة حتى يجوز العتق عن الظهار لا يجزئ عن الظهار؛ لأن هذا العتق حال وقوعه لم يقع عن الكفارة لمكان العوض، فلا يصير عن الكفارة بعد ذلك، وإن حصلت البراءة كمن أعتق عبده على مال عن الكفارة، ثم أبرأه عن المال، فإن قال المظاهر حين أعتق العبد: أعتقته عن الظهار لا لدفع الإكراه، أجزأه عن الكفارة، ولم يكن على المكره ضمان، ولكن لا يسع للمرأة إن تمكن نفسها منه؛ لأن المرأة لا تعلم إلا الظاهر، والظاهر أنه أعتق العبد لدفع الإكراه، فإذا قال: أعتقت لا لدفع الإكراه، فقد ادّعى أمرًا بخلاف الظاهر، فيصدق فيما بينه وبين ربه، ولا يصدق فى القضاء، وإن كان الإكراه على الإعتاق بوعيد قيد أو حبس، فلا ضمان على المكره، ويجوز عن الكفارة.

١٨٧٤٢ - قال: ولو أكرهه على كفارة يمين قد حنث فيها، ومعناه أنه أكرهه على أصل التكفير من غير تعيين نوع من أنواع الكفارة، فكفر نوعًا من الأنواع التى جعلها الله تعالى فى كفارة اليمين، فهو جائز، ولا ضمان على المكره وإن أكرهه على إعتاق عبد بعينه أو بغير عينه، فإن كان قيمة أدنى العبيد مثل قيمة أدنى الصدقة والكسوة، فهو جائز، ولا ضمان على المكره؛ لأن هذا القدر واجب، لأنه لا يتهيأ أداء الواجب بأقل من هذا، وإن كان قيمته أدنى العبيد يزيد على أدنى الصدقة والكسوة، ضمن المكره قيمة العبد، ولا يجزئه عن كفارة اليمين، أما الضمان على المكره؛ لأن الواجب أدنى الكفارة، فلا يجزئ الباقى أيضًا عن الكفارة، فإنما أكرهه على عتق غير واجب فيضمن جميع قيمته، وإن كان الإكراه فى هذه الصورة بوعيد قيد أو حبس، فلا ضمان على المكره ويجزئه عن الكفارة.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف م: "أحسن".

وإن أكرهه على الصدقة بوعيد قتل فإن كان قيمة الطعام الذى أكرهه على التصدق به أقل من قيمة أدنى ما يجزئ فى الكسوة والعتق، فإنه يجزئ عن الكفارة ولا ضمان على المكره، وإن كان يزيد على أدنى ما يجوز فى الكسوة والعتق ضمن المكره قيمته، ولا يجزئه عن الكفارة، فإن قدره على الذى أخذه منه كان له أن يسترده؛ لأن التمليك وقع فاسدًا بسبب الإكراه، وإن كان الإكراه فى هذه الصورة بوعيد حبس أو قيد، فلا ضمان على المكره، ولكن يرجع على الذى أخذه منه، ويسترد ما أخذ منه؛ لأنه لم يكن راضيًا بالتسليم إليه مع الحبس والقيد، فإن أجاز التصدق بعد ذلك، ينظر إن كان المال قائمًا وقت الإجازة عمل إجازته، وإن كان هالكًا، لا تعمل إجازته -والله أعلم-.

الفصل التاسع
فى عقود التلجئة

١٨٧٤٣- قال محمد رحمه الله : إذا قال الرجل لغيره : إنى أريد أن أبيعك عبدى هذا تلجئة لأمر أخافه، وحضر هذه المقالة شهود، فقال له المشترى : نعم، ثم خرجا إلى السوق وتبايعا، وأشهدا على ذلك، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه :

الأول : إذا تصادق بعد البيع أنهما بنيا البيع على تلك المواضعة، وفى هذه الصورة البيع فاسد بلا خلاف؛ لأن ما تواضعا فى السر من التلجئة والهزل يجعل مشروطًا فى البيع الذى تعاقدا ضرورة الحاجة إلى بيع التلجئة والهزل، فإن بيع التلجئة مما يحتاج إليه لخوف من جهة الظلمة على الأموال، حتى يندفع الظلم عن صاحب المال على وجه، لا يزول ماله عن ملكه، وهذه الحاجة لا تندفع متى أفصحا بالتلجئة وقت البيع؛ لأن الظالم لا يترك صاحب المال متى علم أنه يبيع تلجئة، ولو باع من غير مواضعة تقدّمت تزول العين عن ملكه، فهو معنى قولنا : إن ما تواضعا فى السر يجعل مشروطًا فى البيع، ولو شرطا فى البيع الذى تعاقدا فى الظاهر نصًا، إنه تلجئة، أليس أن البيع يقع باطلا، كذا ههنا.

الثانى : من هذه الوجوه : إذا تصادقا بعد البيع أنهما قد كانا أعرضا عن تلك المواضعة قبل هذا البيع، وفى هذا الوجه البيع جائز بلا خلاف؛ لأنهما نقضا تلك المواضعة وقد تصادقا عليه، فانتقض تلك المواضعة أصلا، ولو لم يوجد المواضعة أصلا وتبعا أليس يقع البيع جائزًا، فههنا كذلك.

الثالث : من هذه الوجوه : إذا تصادقا على المواضعة على التلجئة قبل البيع إلا أن أحدهما ادّعى البناء على تلك المواضعة، وادّعى الآخر الإعراض عن تلك المواضعة.

قال أبو حنيفة رحمه الله : البيع جائز، والقول قول من يدّعى الإعراض عن تلك المواضعة؛ لأنه يدّعى جواز العقد.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله: البيع فاسد، والقول قول من يدّعى البناء على تلك المواضعة؛ لأنه متمسك بما عُرف ثبوته باتفاقهما، ذكر الخلاف على هذا الوجه فى كتاب الإقرار، وعلى هذا الاختلاف إذا اتفقا على المواضعة، ثم تعاقدا، ثم قالا: لا يخطر ببالنا شيء وقت البيع، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: البيع جائز، وعلى قولهما: البيع فاسد.

١٨٧٤٤-ولو ادّعى أحدهما المواضعة على التلجئة، وأنكر الآخر المواضعة، فالقول قول المنكر للمواضعة، فإن أقام المدّعى للمواضعة البينة على المواضعة، وقال: بنينا البيع على تلك المواضعة، إن صدّقه الآخر فى البناء، فالبيع فاسد، وإن قال الآخر: أعرضنا عن تلك المواضعة، فالمسألة على الخلاف، على قول أبى حنيفة رحمه الله: البيع جائز، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: البيع فاسد.

وإن اتفقا على أن البيع بينهما كان تلجئة، ثم أجازه أحدهما لم يجز ما يجيزاه جميعًا؛ لأن الهزل مشروط فى البيع من الجانبين، وبيع الهازل فى معنى البيع بشرط الخيار من حيث إن الهزل يعدم الرضا بحكم العقد، لا بإصله كشرط الخيار، والخيار فى البيع إذا كان مشروطًا من الجانبين لا يجوز البيع بإجازة أحدهما، ويجوز بإجازتهما، كذا ههنا.

وإن اتفقا على أن البيع كان تلجئة، وقبض المشترى العبد من البائع على ذلك وأعتقه كان عتقه باطلا، ولا يشبه هذا المشترى من المكره إذا قبض العبد وأعتقه حيث ينفذ عتقه، وقد ثبت للبائع الخيار فى المسألتين جميعًا.

١٨٧٤٥-ولو تواضعا على أن يخبرا أنهما تبايعا هذا العبد أمس بألف درهم ولم يكن بينهما بيع، ثم أقرا بذلك، فليس هذا بيع؛ لأنهما لم ينشئا بيعًا، إنما أخبرا عن بيع معدوم، والإخبار عن البيع المعدوم كذب، وإذا ادّعى أحدهما أن هذا الإقرار هزل وتلجئة وادّعى الآخر أنه جد، فالقول قول المدّعى للجد؛ لأنه يدّعى جواز الإقرار، وعلى الآخر البينة، ألا ترى أنهما لو اختلفا فى البيع على هذا الوجه ادّعى أحدهما الهزل، وادّعى الآخر الجد كان القول قول من يدّعى الجد، كذا ههنا، وإن قالا: أجزنا هذا البيع يعنى هذا البيع الذى أخبرنا به، لا يجوز؛ لأنهما يجيزان بيعًا معدومًا؛ لأنهما

أخبرا عن بيع معدوم، والإجازة لا تعمل فى المعدوم.

١٨٧٤٦-هذا إذا كان التلجئة فى ذات البيع، وإن كانت التلجئة فى البدل، بأن تواضعا فى السر أن الثمن ألف درهم، إلا أنهما يتعاقدان بألفى درهم فى العلانية، فيكون أحد الألفين سمعة، فإن تصادقا على الإعراض عن تلك المواضعة، فالبيع جائز بألفى درهم، وإن لم يتصادقا على ذلك فعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله : البيع جائز بألف درهم، وهو إحدى الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله.

وذكـــر شيخ الاسلام أن على قول أبى حنيفة رحمه الله : يكون البيع بألفى درهم، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى فى شرحه، وإن تصادقا على أنهما لم تحضرهما نية وقت المعاقدة، فعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله : البيع بألف درهم.

قال شمس الأئمة السرخسى، وهو إحدى الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله، وفى إحدى الروايتين عنه البيع بألفى درهم، وهى الرواية المذكورة فى كتاب الإقرار، قال : وهذه الرواية أصح لم يذكر شيخ الإسلام هذا التفصيل فى شرحه، وهذا لأن المواضعة السابقة إنما تجعل كالمشروطة فى العقد إذا لم يوجد منهما ما يدل على الإعراض عنها، وقد وجد ههنا ما يوجب الإعراض عن تلك المواضعة؛ لأنهما قصدا بيعًا جائزًا، ولو اعتبرت تلك المواضعة مشروطة فى هذا البيع يفسد هذا البيع؛ لأنه يصير كأنه قال : بعت منك بألفين على أن لا يجب أحد الألفين؛ لأن الهزل عمله فى منع الوجوب لا فى إخراجه؛ لأنه بمعنى خيار الشرط، وإذا وجد منهما ما يوجب الإعراض عن تلك المواضعة التحقت تلك المواضعة بالعدم، ولو لم يوجد تلك المواضعة، وتبايعا بألفى درهم كان الثمن ألفى درهم.

١٨٧٤٧-ولو تواضعا فى السر أن يكون الثمن مائة دينار، وتعاقدا فى العلانية بعشرة آلاف درهم انعقد البيع بعشرة آلاف درهم، وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز البيع، وهو طعن عيسى ابن أبان رحمه الله؛ لأن الدراهم لم تثبت ثمنًا لكونه هزلا وسمعة، والدنانير لم ثبت ثمنًا؛ لأنها لم تذكر فى البيع، فبقى البيع بغير تسمية ثمن.

وجه الاستحسان : أنه وجد منهما ما يوجب الإعراض عما تواضعا في السر أن يكون الدراهم سمعة ؛ لأنهما أقدما على العقد على قصد الجواز ، ولا جواز للعقد إلا بالإعراض عن تلك المواضعة .

١٨٧٤٨ -وإذا ثبت الإعراض عن تلك المواضعة كان البيع بالدراهم حاصلا ابتداء فيجوز ، فإن عقدا في السر البيع بثمن ، ثم عقدا في العلانية مرة أخرى ، فإن عقدا في العلانية بجنس ما عقدا به في السر إلا أنه أكثر مما عقدا به في السر ، بأن تبايعا في السر بألف درهم ، ثم تبايعا في العلانية بألفي درهم إن أشهدا أن ما يعقدان في العلانية هزل وسمعة ، فالعقد عقد السر ، وإن لم يشهدا أن العلانية هزل وسمعة ، فالعقد عقد العلانية ، وكذلك إن عقدا في العلانية بجنس آخر ، فالجواب على هذا التفصيل الذى قلنا : إن أشهدا أن ما يعقدان في العلانية هزل وسمعة ، فالعقد عقد السر ، وإن لم يشهدا على ذلك ، فالعقد عقد العلانية .

ولو قالا : في السر نريد أن نظهر بيعًا علانية ، وهو بيع تلجئة باطل ، فاجتمعا على ذلك ، ثم إن أحدهما قال علانية : وصاحبه حاضر ، إنا قد كنا قلنا[1] : كذا وكذا في السر ، وقد بدا لى أن أجعله بيعًا صحيحًا ، وصاحبه يسمع ذلك ، فلم يقل : شيئًا حتى تبايعا فالبيع جائز ، ولو لم يسمع صاحبه ذلك ، وتعاقدا فالبيع فاسد ، فإن قبضه المشترى فأعتقه ، فإن قال : ذلك القول البائع ، فعتقه جائز ، وعليه الثمن ؛ لأن البيع جاز من جهة البائع ؛ لأنه[2] أبطل الشرط ، ولم يبقَ للبائع الخيار ، إنما بقى الخيار للمشترى ، فإذا أعتقه ، فقد أجاز البيع ، وأوجب الثمن ، وإن كان قال ذلك المشترى : فعتقه باطل .

١٨٧٤٩- ولو أن رجلا قال لامرأة : أتزوّجك تزويجا هزلا ، فقالت المرأة : نعم ، ووافقهما على ذلك الولى ، ثم تزوّجها كان النكاح جائزًا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى .

---

(١) هكذا في ظ ، وفي غيرها : "إلا أنه أبطل" .

(٢) وفي ظ وف وم : "قد كذا قلنا" .

قال عليه السلام: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد»[١]، وبمسألة النكاح يستدل محمد رحمه الله فى كتاب الإكراه أن بيع الهازل منعقد، وإنه تلحقه الإجازة، فقال: لو كان عمل الهزل إعدام أصل العقد لكان لا ينعقد نكاح الهازل، فالنكاح والبيع سواء فيما يوجب إعدام العقد، ألا ترى أن الجنون وعدم المحلية لما كان يوجب إعدام العقد يستوى فيه البيع والنكاح، والشرع لما حكم بأن نكاح الهازل منعقد علمنا أن عمل الهزل فى إعدام الرضا بحكم العقد، لا فى إعدام العقد أصلا، وكأن الهزل بمنزلة اشتراط الخيار، فلهذا لا يمنع انعقاد البيع.

١٨٧٥٠- ولو قال للمرأة: أتزوّجك بألف درهم، ونسمع بألفين والمهر ألف درهم، فقالت المرأة: نعم، فتزوجها علانية على ألفى درهم، فالمهر يكون ألف درهم، فأبو حنيفة رحمه الله فرّق بين البيع والنكاح.

والفرق أن المواضعة المتقدمة تجعل كالمشروطة فى العقد إلا إذا وجد منها ما يوجب الإعراض منها، وفى فصل البيع وجد ما يوجب الإعراض على نحو ما بيّنا، وفى مسألة النكاح لم يوجد؛ لأن أكثر ما فيه أن يجعل تقدير النكاح كأنه تزوّجها على ألفى درهم على أن لا يوجد أحد الألفين، وهناك يجوز النكاح، وإذا لم يوجد ما يوجب إعراضهما عن المواضعة المتقدمة تجعل المواضعة المتقدمة كالمشروط فى العقد.

ولو تواضعا فى السر أن المهر مائة دينار، وأظهرا فى العلانية عشرة آلاف درهم رياء وسمعة، فإنه يجوز النكاح بمهر المثل، فإن عقدا فى السر النكاح بألف، ثم تناكحا فى العلانية بألفى درهم إن أشهدا أن ما يظهران فى العلانية سمعة وهزل، فالمهر مهر السر، وإن لم يشهدا أن ما يظهران فى العلانية سمعة وهزل، فالمهر مهر العلانية.

وروى عن أبى يوسف فى "الأمالى": أن المهر مهر السر، وكذلك الجواب فيما إذا

---

(١) أخرجه الترمذى فى فى "سننه" ٣/ ٤٩٠ حديث(١١٨٤) والدارقطنى فى "سننه" أيضًا ٣/ ٢٥٦ حديث (٤٥) وفى ٣/ ٢٥٧ حديث (٤٧) والحاكم فى "المستدرك" ٢/ ٢١٦ حديث (٢٨٠٠) وابن الجارود فى "المنتقى" ١/ ١٧٨ حديث (٧١٢) والبيهقى فى "الكبرى" ٧/ ٣٤٠ حديث (١٤٧٧٠) وأبو داود فى "سننه" ٢/ ٢٥٩ حديث (٢١٩٤) وابن ماجة فى "سننه" ١/ ٦٥٨ حديث (٢٠٣٩) والطحاوى فى "شرح معانى الآثار ٣/ ٩٨، وسعيد بن منصور الخراسانى فى "كتاب السنن" ١/ ٤١٥ حدث (١٦٠٣).

عقدا فى العلانية بجنس آخر .

وإن ادّعى أحدهما العلانية، وأقام عليه البينة، وادّعى الآخر السر، وأقام عليه البينة، أخذ ببيّنة العلانية إلا أن يشهد الشهود أنهم قالوا فى السر : إذا شهد بذلك فى العلانية سمعة، فحينئذٍ أخذ ببينة السر، وأبطل بينة العلانية اعتباراً للثابت بالبينة بالثابت معاينة أو باتفاق الخصوم.

١٨٧٥١- وإذا طلق امرأته على مال، أو أعتق عبده على مال على وجه الهزل، وقبلت المرأة أو العبد، أو كانا تواضعا فى السر أن ما يظهران هزل، فالطلاق واقع والمال واجب.

هكذا ذكر محمد رحمه الله فى الكتاب، ولم يذكر فى الكتاب أن الهزل كان فى جانب الزوج والمولى، أو فى جانب المرأة والعبد، أو فى الجانبين، فإن كان الهزل فى جانب الزوج والمولى لا شك أن المال يجب على المرأة وعلى العبد متى قبلا ذلك؛ لأن الهزل بمنزلة اشتراط الخيار، ولو شرط الخيار فى جانب الزوج والمولى، ولا خيار فى جانب المرأة والعبد، فإنه يلزمهما المال، وإن كان فى جانب المرأة والعبد، أو من الجانبين يجب أن تكون المسألة على الاختلاف على قول أبى حنيفة رحمه الله : لا يجب المال ما لم يوجد من المرأة والعبد الإجازة، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله : يجب المال، ولا يصح اشتراط الهزل، هكذا قال الفقيه أبو جعفر ، وذلك لأن اشتراط الهزل فى جانب المرأة والعبد بمنزلة اشتراط الخيار، ولو شرط فى جانبها الخيار أو فى جانب العبد كانت المسألة على الاختلاف على قول أبى حنيفة: يصح اشتراط الخيار، ولا يقع الطلاق والعتاق ما لم يوجد منهما الإجازة، وعلى قولهما : لا يصح اشتراط الخيار، ويلزمهما المال، فكذا إذا شرط الهزل فى جانب العبد أو المرأة.

فأبو حنيفة رحمه الله : لا يحتاج إلى الفرق بين هذا وبينما إذا أكرهت المرأة أو العبد على القبول؛ لأنه كما لا يلزمهما المال عنده متى كانا مكرهين على القبول لا يلزمهما المال إذا كانا هازلين، وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يحتاجان إلى الفرق، فإنهما قالا : بأن المرأة والعبد إذا كانا مكرهين على قبول المال لا يلزمهما المال، وإذا قبلا المال هازلين لزمهما المال، وإنما كان كذلك، وذلك لأن اشتراط الهزل لا يثبت فى

جانبهما ؛ لأنه بمعنى خيار الشرط على ما بيّنا، وخيار الشرط متى شرط فى جانبهما لا يثبت عندهما كما لا يثبت فى البدل، ويجعل وجود شرط الخيار فى جانبها وعدمها بمنزلة، فكذا إذا شرط الهزل فى جانبها[1].

فأما الإكراه فشىء حقيقى لا يمكن إلغاءه، وإذا لم يمكن إلغاءه لم يلزمهما المال ؛ لأن الإكراه يمنع إلزام المال، ولأن المكره لم يرضَ بالقبول أصلا، والهازل راضٍ إلا أنه لم يرضَ بحكمه، فهذا هو الفرق بين الهزل والإكراه على قولهما.

١٨٧٥٢ - ولو طلقها، أو أعتقه، أو صالح من دم العمد على مال فى السر، ثم طلقها، أو أعتقه، أو صالحه فى العلانية مرة أخرى إن كان الثانى بجنس الأول إلا أنه أكثر إن أشهدا أن ما يسمّيان فى العلانية سمعة ورياء، فالبدل المسمّى فى السر، وإن لم يشهدا على ذلك، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله : البدل ما سميا فى السر، وأما على قولهما : فقد اختلف المشايخ، بعضهم قالوا : البدل ما سمّيا فى العلانية، ويجعل أحد الألفين زيادة فى بدل العقد الأول.

وقال بعضهم : البدل ما سمّيا فى السر.

وحاصل الخلاف راجع إلى أن الزيادة فى بدل الطلاق والعتاق والصلح عن دم العمد، هل يصح؟ على قول بعض المشايخ وعلى قول بعضهم : لا يصح، وهو الأصح، لأن الزيادة وجدت حال هلاك المعقود عليه ؛ لأن ما للمولى والزوج وولى القتيل قد سقط بالطلاق والعتاق والصلح، والزيادة فى البدل بعد هلاك المعقود عليه لا يصح، كما فى باب البيع بعد هلاك المبيع، وكما فى النكاح بعد الفرقة، وإن كان الثانى بجنس آخر فكذلك الجواب إن أشهدا أن ما يسمّيان فى العلانية سمعة، فالمهر مهر السر.

١٨٧٥٣ - وإذا تواضع الرجل والمرأة فى أن المهر دنانير، وتزوّجها فى العلانية على أن لا مهر لها كان مهرها الدنانير التى تواضعا عليه فى السر ؛ لأنه لم يوجد ما يوجب الإعراض عن تلك الدنانير ؛ لأن مهر المثل لم يصر مذكوراً مقتضى عقد النكاح ؛ لأنه نفى المهر، فهو كمن باع بغير ثمن لا يصير الثمن مذكوراً مقتضى عقد البيع لغة، حتى لا ينعقد البيع، فكذا إذا تزوّجها على أن لا مهر لها، وإذا لم يوجد ما يوجب

---

(١) وفى الأصل وف : "فى جانبها".

الإعراض عما تواضعا عليه صارت الدنانير التى تواضعا عليه مذكوراً فى النكاح، فصار كأنه تزوّجها على الدنانير، وإن تزوّجها فى العلانية على أن لا تكون الدنانير مهرًا لها، أو تواضعا فى العلانية وسكت عن المهر انعقد النكاح بمهر المثل فى الوجهين جميعًا.

وإذا قال لامرأته: أطلقك على ألف درهم، ولكنا نسمع بمائة دينار، فطلقها بمائة دينار، فإنه يقع الطلاق بمائة دينار، وإن تواضعا أنهما يسمّيان الدنانير سمعة وهزلا.

الفصل العاشر
فى المتفرقات

١٨٧٥٤- لو أن رجلا أكرهه أهل الشرك على الكفر، وله امرأة مسلمة، ففعل وخلّى سبيله، فأتاها فاختلفا، فقالت: إنك كفرت بالله تعالى، وقد بنت منك، وقال الزوج: أظهرت ذلك إظهارًا وقلبى مطمئن بالإيمان، فالقول قول الزوج استحسانًا؛ لأنه أنكر سبب الفرقة.

بيانه: أن التكلم بالكفر ليس بسبب الفرقة بعينه ما لم يكن معتقدًا لذلك، أو يقول على وجه الاستخفاف، ألا ترى أنه لو قال: العزير ابن الله حاكيًا عن اليهود، أو قال: المسيح ابن الله حاكيًا عن النصارى، لا تبين امرأته، وإن تكلم بكلمة الكفر، ولم يوجد الاستخفاف هنا ولا اعتقاد، وإذا كان مكرهًا وقلبه مطمئن بالإيمان، فهو معنى قولنا، أنكر سبب الفرقة، فكان القول قوله، قال: إقرار المكره باطل أى شيء كان المقر به؛ لأن الإقرار تصرف يبطله الهزل أى شيء كان المقر به، فإنه لو أقر أنه عتق عبده، أو طلق امرأته هازلا لا يصح إقراره، حتى لا يقع الطلاق والعتاق، وكل تصرف يبطله الهزل، يبطله الإكراه، ثم إن ما يبطل الإقرار بالهزل؛ لأن الإقرار إخبار عن أمر ماضٍ، وليس بإثبات للحال، والخبر محتمل للصدق والكذب، وبالهزل ترجح جهة الكذب على جهة الصدق، فلا يتعلق به حكم، وبالإكراه أيضًا ترجح جانب الكذب، فلا يتعلق به حكم.

فإن قيل: إذا كان إقرار المكره بالعتق والطلاق باطلا، يجب أن يجعل إنشاء للحال مجازًا، حتى لا يلغو إذا أمكن جعله مجازًا وقد أمكن؛ لأن العتق فيما مضى سبب لثبوته فى الحال، هذا كما قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن قال لعبده وهو أصغر سنًّا منه: هذا ابنى، فإنه يعتق عليه، وجعل إقراره أنه علق من ماءه، وإنه سبب للحرية للحال مجازًا عن إنشاء الحرية فى الحال.

قلنا: حكى عن الكرخى أنه كان يحمل مسألة الإقرار بعتق ماضٍ على الخلاف،

وكان يقول على قول أبي حنيفة رحمه الله : يجعل مجازًا عن الإنشاء في الحال كيلا يلغو كما في مسألة النسب .

وغيره من المشايخ قالوا : مسألة الإقرار بالعتق في الماضي قول الكل ، وهذا القائل يفرق بين هذه المسألة وبين مسألة النسب على قول أبي حنيفة رحمه الله ، وهو الأصح .

ولو أن نصرانيًا أكره على الإسلام ، وأسلم ، فالقياس أن لا يصح إسلامه ، وفي الاستحسان : يصح ، فإن ارتدّ بعد ذلك ، فالقياس أن يقتل ، وفي الاستحسان : يجبر على الإسلام ولا يقتل ، وهو نظير القياس والاستحسان في الولد المولود بين المسلمين إذا بلغ مرتدًا ، وفي الذمي[1] أسلم في صغره إذا بلغ مرتدًا ، فإنهما يجبران على الإسلام ، ولا يقتلان استحسانًا .

ولو أكره على الإقرار بالإسلام في الماضي ، فإقراره باطل ؛ لما قلنا .

١٨٧٥٥- ولو أن امرأة أكرهت بوعيد تلف ، أو حبس ، أو قيد ، حتى تقبل من زوجها بتطليقة على ألف درهم ، فقبلت وقع الطلاق ، ولا يجب على المال المرأة بسبب الإكراه ؛ لأن التزام المال لا يصح مع الإكراه ، ويكون الواقع رجعيًا إن كان بلفظ الطلاق ؛ لأن الواقع بصريح الطلاق بعد الدخول إذا تعرى عن البدل والثلث رجعي ، وإن كان بلفظ الخلع يكون بائنًا[2] .

فإن قالت المرأة حين علمت أنها رجعية : رضيت بتلك التطليقة بذلك المال ، فإن كان الإيقاع بلفظ الخلع لا تعمل إجازتها ؛ لأن الإجازة وجدت في حال ما لا يصح منها ابتداء الطلاق بالمال ، وإن كان الإيقاع بلفظة الطلاق عمل إجازتها ، ولزمها المال ، وتبين من زوجها في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله ، وفي قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : إجازتها باطلة ، والطلاق رجعي على حاله ، ولا يلزمها المال .

فمن مشايخنا من جعل هذه المسألة فرع مسألة شرط الخيار للمرأة في الخلع ، فإن على قول أبي حنيفة رحمه الله : شرط الخيار للمرأة في الخلع صحيح ، والخيار ثابت لها بحكم الشرط ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : شرط الخيار للمرأة باطل ،

(١) وفي ظ : "الذي" .

(٢) هكذا في الأصل ، وفي ظ : "نائبًا" ، وفي م : "ثابتًا" .

والطلاق واقع، والمال واجب، وإذا جاز ثبوت الخيار للمرأة بسبب الشرط عند أبى حنيفة رحمه الله جاز أن يثبت له الخيار بسبب الإكراه بين أن يجيز وبين أن لا يجيز، وعلى قولهما: لما لم يجز ثبوت الخيار لها بالشرط، لم يثبت لها الخيار بسبب الإكراه، وإذا لم يثبت لها الخيار بسبب الإكراه لم يكن لها أن تختار إمضاء المال إلا أن هذه المسألة تفارق تلك المسألة من وجه، وهو أن فى تلك المسألة لا يقع الطلاق عند أبى حنيفة رحمه الله قبل الإجازة، وهنا الطلاق واقع وإن لم يجز شيئًا، وإنما افترقا فى هذا؛ لأن الثابت للمرأة فى تلك المسألة خيار الشرط، ومن أصله أن المشروط له الخيار لا يملك ما اشترى من صاحبه، والمرأة اشترت الطلاق من زوجها، فلا تملك ذلك ما دام الخيار مشروطًا كما لو اشترت عينًا من الزوج على أنها بالخيار.

وإما الخيار للمرأة ههنا ثابت حكمًا بسبب الإكراه لا بالشرط، ومثل هذا الخيار مما لايمنع وقوع الملك ممن له فيما اشترى كخيار الرؤية وخيار الغيب، فوقع الطلاق للحال.

١٨٧٥٦-ومنهم من جعل هذه المسألة فرعا لمسألة أخرى، وهو من طلق امرأته تطليقة بملك الرجعة، ثم قال: جعلتها بائنًا، يصير بائنًا عند أبى حنيفة، وعند أبى يوسف رحمهما الله ومحمد رحمه الله: لا يصير بائنًا وهو رجعى، ولو قال: جعلتها ثلاثًا صار ثلاثًا عند أبى حنيفة رحمه الله، وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يصير ثلاثًا.

وإذا ملك الزوج أن يجعلها بائنًا عند أبى حنيفة رحمه الله بالإبانة، ملك الإبانة بأخذ المال، وعند محمد رحمه الله: لما لم يملك الزوج أن يجعلها بائنًا بالإبانة، لا يملك الإبانة بأخذ المال من المرأة بعد ما وقع رجعيًا، ولكن فى هذا القول نوع شبهة، فإن فى تلك المسألة أبو يوسف رحمه الله مع أبى حنيفة رحمه الله، وفى هذه المسألة مع محمد رحمه الله.

١٨٧٥٧- السلطان إذا أكره رجلا بوعيد تلف، أو حبس على أن يبيع متاعه من هذا الرجل بألف درهم يعنى متاع السلطان، والمشترى غير مكره على الشرى فباع، فالبيع جائز، والعهدة على السلطان لا على البائع؛ لأن العهدة حق مرجعه إلى المال؛ لأن العهدة ليس إلا لتسليم المبيع، أو انتقاد الثمن، أو الرجوع بالثمن حال استحقاق

المبيع، وكل ذلك يتأدّى بالمال، والإكراه يمنع التزام المال، فيمنع التزام حق مرجعه إلى المال، والعهدة متى تباعدت من العاقد رجعت إلى من وقع العقد له كما في العبد المحجور والصبي المحجور، إذا توكل عن الغير ببيع شيء وباع، فإن طلب البائع الثمن من المشترى بعد ذلك، رجعت العهدة إليه؛ لأن طلب الثمن جعل رضا بالبيع دلالةً، ألا ترى أن المكره على البيع لو كان هو المالك، ثم طلب الثمن من المشترى طائعًا، جعل ذلك رضا بالبيع، فكذلك ههنا، والرضا في الانتهاء كالرضا في الابتداء، ولو كان البائع راضيًا بالبيع في الابتداء كانت العهدة عليه، فكذا ههنا، ولو كان أكرهه على أن يشترى له متاع فلان بألف درهم، فاشترى، فالشراء جائز، والمتاع للسلطان، ولا عهدة على المشترى حتى لا يطالب بتسليم الثمن، فإن طلب المشترى من البائع تسليم المبيع رجعت العهدة إليه، وطولب بتسليم الثمن لما قلنا -والله أعلم بالصواب-.

كتاب الحجر

هذا كتاب يشتمل على فصلين :

الفصل الأول : فى بيان مقدمة يحتاج إليها

الفصل الثانى : فى بيان أنواع الحجر على مذهبهما

الفصل الأول
فى بيان مقدمة يحتاج إليها

١٨٧٥٨- فنقول -وبالله التوفيق- : الحجر على الحرّ المكلف باطل سواء كان بسبب الدين أو بسبب السفه عند أبى حنيفة رحمه الله، حتى ينفذ تصرفاته بعد الحجر على حسب ما كان ينفذ قبل الحجر، ويخاطب بعد الحجر بما كان يخاطب به قبل الحجر، وهذا لأن فى الحجر إهدار تصرف المحجور، وإبطال أهليته وقطع ولاية الملك عنه، والآدمى إنما امتاز عن سائر البهائم بشرف الولاية وكمال الأهلية ونفاذ التصرف، ففى القول بإبطالها إلحاق له بالبهائم، وتسوية بينه وبين عديم الملك، فإن الملك لا يراد لعينه، وإنما يراد الانتفاع بالمملوك، وفيه من الضرر ما لا يخفى، وفساده أكثر من أن يحصى.

١٨٧٥٩- وفى "النوادر : أن أبا حنيفة رحمه الله لا يرى الحجر على الحر إلا على ثلاثة : المفتى الماجن، والطبيب الجاهل، والمكارى المفلس، فالمفتى الماجن أن يعلم الناس حيلا باطلة بأن يعلم المرأة حتى ترتد، فتبين من زوجها، ثم تسلم، ويعلم الرجل أن يرتد، فتسقط عنه الزكاة، ثم يسلم، ولا يبالى أن يحرم حلاله، أو يحل حرامًا، فضرر هذا يتعدى إلى العامة، والطبيب الجاهل أن يسقى الناس فى أمراضهم دواء يهلك، وهو يعلم بذلك أو لا يعلم، والمكارى المفلس أن يتقبل الكراء أو يؤاجر الإبل، وليس له إبل ولا ظهر يحمل عليه، ولا مال يشترى به الدواب، والناس يعتمدون عليه، ويدفعون الكراء إليه، ويصرف هو ما أخذ منهم فى حاجته، وإذا جاء أوان الخروج يخفى هو نفسه، فيذهب أموال المسلمين، وربما يصير ذلك سببًا لتقاعدهم عن الخروج إلى الحج والغزو، وفساد هذا الشخص متعدّ أيضًا، وإلحاق الضرر بالخاص لدفع الضرر عن العام جائز، أما ضرر المحجور المختلف فيه غير متعدّ، بل يقتصر عليه، فلا يكون المحجور المختلف فيه نظير هؤلاء، فجواز الحجر فى حق هؤلاء لا يدل على جواز الحجر فى المختلف فيه -والله أعلم-.

الفصل الثانى
فى بيان أنواع الحجر على مذهبهما

١٨٧٦٠- فنقول: الحجر نوعان: حجر بسبب الدين، وحجر بسبب السفه والفساد، فالحجر بسبب الدين أن يركب الرجل ديون تستغرق أمواله، أو تزيد على أمواله، فيطلب الغرماء من القاضى أن يحجر عليه حتى لا يهب ماله، ولا يتصدق به، ولا يقر به لغريم آخر، فالقاضى يحجر عليه عندهما، ويعمل حجره حتى لا يصح هبته، ولا صدقته بعد ذلك، ولا يصح إقراره لغريم آخر فى حق الغرماء الأول، وعند أبى حنيفة رحمه الله: القاضى لا يحجر عليه، ولا يعمل حجره حتى تصح منه هذه التصرفات.

وروى ابن سماعة فى "نوادره": عن محمد قول أبى يوسف رحمه الله فى هذا كقول أبى حنيفة رحمه الله، إلا أن المشهور من قوله ما ذكرنا.

فمن مشايخنا من قال: مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالإفلاس، وبيان ذلك أن من شرط صحة الحجر على المديون القضاء بإفلاسه أولا، ثم الحجر بناء عليه حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضى عليه بالإفلاس، لا يصح حجره بلا خلاف، والإفلاس عندهما يتحقق فى حالة الحياة، فيمكن للقاضى القضاء بالإفلاس أولا، ثم بالحجر بناء عليه، وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى: الإفلاس فى حالة الحياة لا يتحقق، فلا يمكنه القضاء بالإفلاس أولا، ثم بالحجر عليه، فكان مسألة الحجر بناء على مسألة القضاء بالإفلاس من هذا الوجه.

ومنهم من جعل هذه المسألة مسألة مبتدأة، فعلى قول هؤلاء: المانع من الحجر عند أبى حنيفة رحمه الله كون الحجر متضمنًا إلحاق الضرر بالمحجور، لا تعلق له بالقضاء بالإفلاس.

وهذه مسألة ذات شعب، فمن جملتها: جواز بيع مال المديون عليه، فعند أبى

حنيفة رحمه الله: لا يجوز للقاضى بيع مال المديون عليه إلا برضاه؛ لأن البيع نوع حجر، وأبو حنيفة رحمه الله لا يرى الحجر على المديون، وعندهما: يجوز؛ لأنهما يريان الحجر على الحر المديون، وهذا فى المديون الحاضر عندهما بلا خلاف بين المشايخ، وفى المديون الغائب اختلاف المشايخ على قولهما، وبعضهم قالوا: لا يجوز بيع القاضى عليه، لأنهما إنما يريان ذلك على المديون الممتنع عن البيع بنفسه، والغائب لا يعرف امتناعه.

ومن جملة ذلك: إذا غاب الزوج، وطلبت المرأة عن القاضى أن يبيع ماله فى نفقتها، فالقاضى لا يبيع عند أبى حنيفة رحمه الله، وكذلك عندهما على قول بعض المشايخ، وإن كان مال الغائب شيئًا يخاف عليه الفساد، يباع بالإجماع.

١٨٧٦١- وكذلك إذا كان للغائب عبد، وخاف القاضى أن يستغرق قيمة نفقته، فالقاضى يبيعه بالإجماع، ويصح هذا الحجر عندهما، وإن كان المديون غائبًا، فقد صح عن عمر رضى الله عنه أنه حجر على أسيفع، وكان غائبًا، وحجر رسول الله ﷺ على معاذ، ولم ينقل إلينا حضرته، ولكن[1] يشترط علم المحجور عليه يعمل الحجر، حتى إن كل تصرف باشره بعد الحجر قبل العلم به يكون صحيحًا عندهما، وهو قياس الحجر على العبد المأذون من حيث إنه لا يعمل بدون علم العبد، وكذلك يصح هذا الحجر قبل الحبس وبعده؛ لأن سبب هذا الحجر الدين، وإنه لا يتفاوت قبل الحبس وبعده.

وإذا صح الحجر بسبب الدين عندهم صار حال هذا المحجور كحال مريض عليه ديون الصحة؛ لأن بقضاء القاضى يتعلق ديون غرماء المحجور عليه بمال المحجور كما أن بالمرض يتعلق دين غريم الصحة بمال المديون، فكل تصرف يؤدى إلى إبطال حق غرماءه، فالحجر يؤثر فيه، وذلك كالهبة والصدقة وما أشبهه، كما فى تصرفات المريض فى حق غرماء الصحة، فكما فى تصرفات الراهن فى المرهون.

وأما البيع فلا يخلو إما أن يكون بمثل القيمة أو بالغبن، فإن كان بمثل القيمة جاز من هذا المحجور؛ لأنه ليس فيه إبطال حق الغرماء؛ لأن حق الغرماء تعلق بالمالية من غير

---

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "ولكن لايشترط على المحجور عليه بعد الحجر، حتى إن كل تصرف... إلخ".

أن يثبت لهم يد على شيء من الأعيان، وهذا البيع لا يبطل حقهم عن المالية؛ لأن الثمن يقوم مقام الثمن، والمطلق للتصرف موجود فى حقه، وهو ملك الرقبة، فيصح بيعه بخلاف الهبة والصدقة؛ لأنهما يبطلان حق الغرماء عن المالية من كل وجه، فيمنع عنهما، ألا ترى أن فى حق المريض مرض الموت وقع الفرق بين الهبة والبيع بمثل القيمة فى حق غرماء الصحة، كذا ههنا.

١٨٧٦٢- وإن باع بالغبن لا يصح منه، سواء كان الغبن يسيرًا أو فاحشًا؛ لما ذكرنا أنه يلحق بالمرض مرض الموت، والمريض مرض الموت لا يتحمل منه الغبن أصلا، وإذا لم يصح منه الغبن تخير المشترى بين إزالة الغبن وبين الفسخ كما فى بيع المرض مرض الموت، فإن باع ماله من الغريم، وجعل الدين بالثمن قصاصًا إن كان الغريم واحدًا جاز ذلك، وإن كان الغريم اثنان فبيع ماله من أحدهما بمثل قيمته صحيح كما لو باع من أجنبى بمثل قيمته، ولكن المقاصة لاتصح؛ لأن فيه إيثار بعض الغرماء بقضاء دينه، وإنه محجور عنه، وكذلك لو قضى حين حجر عليه دين بعض الغرماء لا يملك؛ لأن فيه إيثاره على الباقين، وتخصيصه بقضاء دينه، وإنه محجور عنه، وصار كالمريض مرض الموت.

١٨٧٦٣- ولا يجوز إقراره على نفسه بالدين يعنى فى حق الغرماء الذين لأجلهم وجب الحجر، كما لا يجوز إقرار المريض بالدين فى حق غرماء الصحة، ولو كان سبب وجوب الدين ثابتًا عند القاضى بعلمه أو بشهادة الشهود بأن شهدوا على الاستقراض أو الشراء بمثل القيمة شارك هؤلاء الغرماء غريمه الذى له الدين قبل الحجر؛ لأنه لا تهمة فيه، وصار كالمريض إذا اشترى، أو استقرض بمعاينة الشهود، ولو اشترى طعامًا لنفسه أو لعياله، فهو جائز؛ لأن المطعوم والمشروب من حوائجه الأصلية، وحوائجه الأصلية مقدمة، فلم يثبت الحجر فى حقها، وصار كالمريض، فإن كان هذا المحبوس فى الحبس يسرف فى اتخاذ الطعام منعه القاضى عن ذلك، وأمره أن ينفق بالمعروف، وكذلك فى الكسوة؛ لأن الإسراف يمنع عنه غير المحبوس المحجور، فلأن يمنع عنه المحبوس المحجور عنه أولى، ولكن لا يمنع عنه قدر حاجته؛ لأنه مقدم على حق الغرماء، وإن استهلك مالا لرجل حاصّ الغرماء؛ لأن الحجر إنما يؤثر فى التصرفات القولية لا فى التصرفات الحسية؛ لأن صحتها لوجودها حسًا وحقيقة، ألا ترى أنه لا يؤثر فيه الصبى

والجنون، فلأن لا يؤثر فيه هذا النوع من الحجر أولى.

١٨٧٦٤- وإن أعتق المحجور عليه رقيقًا جاز العتق؛ لأن لا مردّ له، وسعى في القيمة؛ لأنه وجب رد العتق، ولا يمكن ردّه بصورته، فيُردّ بمعناه وهو السعاية، وهذا لأنه لا حق للغرماء في صورة الرقيق، إنما حقهم في المالية، وإذا أوجبنا السعاية، فقد راعينا حقهم، وصار هذا كالمريض المديون إذا أعتق عبده، ثم مات من مرضه ذلك.

١٨٧٦٥- وإذا زوّج امرأة في الحبس، وزاد على مهر مثلها جاز النكاح؛ لأن النكاح من أصول حوائجه، وحاجته مقدمة على حق الغرماء، فصار كالمأكول والمشروب، ولهذا صح من المريض، ثم في مقدار مهر المثل حاصت سائر الغرماء؛ لأن مقدار مهر المثل واجب بمطلق النكاح، وإن لم يسمّ، فلم يكن منهما في ذلك القدر، فظهر في حق الغرماء، فأما الزيادة على مهر المثل واجبة بالتزامه وتسميته، وفيه إبطال حق الغرماء فلم يصح في حقهم.

١٨٧٦٦- ثم إذا حجر عليه القاضي بسبب الدين يشهد أنه قد حجر عليه في ماله، والإشهاد ليس بشرط لصحة الحجر، وإنما احتيج إليه؛ لأنه يتعلق بهذا الحجر أحكامه، وربما يقع التجاحد فيه، فيحتاج إلى إثباته، فيشهد ليقع الأمن عن التجاحد، ويبين سبب الحجر، فيقول: حجرت عليه بسبب الدين الذي لفلان ابن فلان عليه؛ لأن الحجر على قول من يراه جائزًا يختلف أسبابه، وهو باختلاف سببه يختلف في نفسه؛ لأن الحجر بسبب السفه يعم الأموال كلها، والحجر بسبب الدين يختص بالمال الموجود له في الحال، فأما ما يحدث له من المال بالكسب وغيره، فلا يؤثر الحجر فيه، وينفذ تصرفه فيه، وإنما احتيج إلى تسمية صاحب الدين الذي لأجله حجر؛ لأن الحجر يرتفع بإبراء رب الدين المحجور، وبوصول الدين إليه، فيحتاج إلى معرفته حتى إنه إذا أبرأ رجل المحجور أو دفع المحجور المال إلى رجل والقاضي يعرف أن بذلك، هل ارتفع الحجر، أو لم يرتقع؟ -والله أعلم-.

١٨٧٦٧- قال هشام في "نوادره": سألت محمدًا رحمه الله عن رجل ركبه دين، فاختفى ويتخوف أن يلجئ ماله، قال: إن كان الغرماء قد أثبتوا ديونهم عندي حجرت عليه، وإن لم يكونوا أثبتوا ديونهم لم أحجر عليه، وإن كان قد تغيب، فباع عليه قاضٍ

أجزت بيعه، وقال محمد: وأما أنا: فلا أبيع عليه، وسألته عمن قال لغيره: بع عن هذا المحجور متاعًا، وأنا ضامن لثمنه، فباعه متاعًا، قال محمد: ما حال المتاع؟ قلت: قبضه المحجور واستهلكه، قال: لا يضمن الضمين شيئًا؛ لأنه ضمن الثمن، ، ولا ثمن عليه؛ لأن البيع فاسد، وإن قال: ما بعته من درهم إلى مائة، فأنا ضامن له، فباعه ثوبًا يساوى خمسين بمائة، وقبضه واستهلكه، قال: يضمن قيمة الثوب، وقوله: «أنا ضامن له» مخالف لقوله: «وأنا ضامن لثمنه»، ألا ترى أن رجلا لو قال لآخر: بايع فلان لعبده المحجور، فإن بعته له من شيء، فأنا ضامن له، فبايعه بيعًا فاسدًا وقبضه واستهلكه كان الكفيل ضامن الذى لزم المشترى لفساد البيع، ولو قال: أنا ضامن للثمن، لم يلزم الكفيل شيئًا.

١٨٧٦٨- وأما الحجر بسبب الفساد والسفه فهو نوعان: أحدهما: لخفّة فى عقله، أو كان سليم القلب لا يهتدى إلى التصرفات، فيحجر عليه القاضى على قولهما صيانة لماله، فإنه لو لم يحجر عليه ربما يأتى على جميع ماله لقلة هدايته وقلة سلامة قلبه.

والثانى: أن يكون سفيهًا مبذرًا مضيعًا لماله، أما فى الشر بأن يجمع أهل الشراب والفسقة فى داره ويطعمهم ويسقيهم، ويسرف فى النفقة، ويفتح باب الجائزة والعطاء عليهم، وفى الخير بأن يسرف جميع ماله فى بناء المساجد، وأشباه ذلك، فيحجر عليه القاضى عندهما صيانة لماله.

ثم لا خلاف عندهما أن الحجر بسبب الدين لا يثبت إلا بقضاء القاضى، واختلفا فى الحجر بسبب الفساد والسفه.

قال أبو يوسف رحمه الله: إنه لا يثبت إلا بقضاء القاضى أيضًا، وعند محمد رحمه الله: يثبت هذا الحجر بنفس السفه، ولا يتوقف على القضاء.

والفرق لمحمد رحمه الله أن حجر السفيه لمعنى فيه، وهو سوء اختياره لا لحق الغرماء، فأشبه المجنون، وثمة يحجر بنفس الجنون، ولا يتوقف على القضاء، فكذا ههنا، فأما الحجر بسبب الدين ليس لمعنى فيه، بل لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم بتصرفه، فيتوقف على قضاء القاضى؛ لأن له ولاية عليه، فيعمل حجره، وأما الغريم

فلا ولاية له عليه، لا يجوز حجره.

١٨٧٦٩- ثم الحجر بسبب الدين يفارق الحجر بسبب السفه من وجوه ثلاثة: أحدها: هذه، الثانية: وهو أن المحجور بسبب السفه إذا أعتق عبدًا ووجبت عليه السعاية وأدّى، فإنه لايرجع بما سعى على المولى بعد زوال الحجر، والمقضى عليه بالإفلاس، إذا أعتق عبدًا بما فى يده، ووجبت على العبد السعاية، وأدّى، فإنه يرجع بما سعى على المولى بعد زوال الحجر.

والفرق أن فى الحجر بالسفه إنما وجب السعاية على المعتق صيانة لحق المحجور حتى لايزول ملكه من غير عوض، فمتى أثبتنا للعبد حق الرجوع عليه لا يحصل هذا المقصود، أما فى الحجر بالدين فإنما وجبت السعاية لحق الغرماء لا لحق المولى، وهذا المقصود حاصل، وإنما أثبتنا للعبد حق الرجوع عليه بما سعى، وكان له الرجوع؛ لأنه أدّى دينه بعد العتق، وهو مضطر فى الأداء فرجع عليه.

والثالثة: أن المحجور بالدين يجوز إقراره بعد زوال الحجر، وكذلك حال قيام الحجر فيما يحدث من المال يريد به أن الإقرار الذى كان فى حالة العجز ينفذ بعد زوال الحجر، وينفذ فى مال المستحدث فى حالة الحجر، والمحجور بالسفه لا يجوز إقراره لا فى حالة العجز، ولا بعد زوال الحجر، لا فى المال القائم، ولا فى المال المستحدث يريد به أن الإقرار الذى كان منه فى حالة الحجر لا ينفذ بعد زوال الحجر، وكذا لا ينفذ فى حق مال المستحدث فى حالة الحجر.

والفرق فى حق نفاذ الإقرار بعد زوال الحجر أن السفيه إنما حجر عليه لسوء اختياره لا لحق الغير، وكان كالصبى المحجور وإقرار الصبى المحجور لا يجوز، وإن بلغ وزال الحجر كذا ههنا، فأما الحجر بالدين لحق الغرماء لا يبطل حقهم بتصرفه، والحجر إذا كان لحق الغير لا لمعنى فى التصرف، فإنه إذا زال حق الغير ينفذ تصرفه كالعبد المحجور إذا أقر بدين، ثم عتق، فإنه ينفذ ذلك الإقرار؛ لأن المانع من نفاذ إقراره حق المولى وقد زال، كذا ههنا.

وأما الفرق فى حق صحة الإقرار فى المال المستحدث أن القاضى إنما يحجر الغريم عن التصرف فيما فى يده، حتى لا يبطل حق الغرماء، فلا يتناول إلا ما كان قائمًا، وإذا

لم يلحقه الحجر فى المال المستحدث صح إقراره والتصرف فيه، وإن لم يصح فى المال القائم، فأما السفيه فإنما يحجر عليه القاضى ليبقى ماله عليه، وفى حق هذا المعنى المال القائم، والذى سيحدث سواء، فيدخل تحت الحجر المال القائم والذى سيحدث، وإذا صار السفيه مصلحًا لماله بعد ما كان مفسدًا لماله، هل يزول الحجر من غيره قضاء القاضى؟ فالمسألة على الاختلاف: عند أبى يوسف رحمه الله: لا يزول إلا بقضاء القاضى حتى لا ينفذ تصرفاته قبل قضاء القاضى بزوال الحجر، وعند محمد: يزول من غير قضاء القاضى حتى ينفذ تصرفاته، ومحمد رحمه الله[1] كان يثبت الحجر من غير قضاء القاضى إذا كان مفسدًا لماله، فيزول الحجر إذا صار مصلحًا من غير قضاء القاضى أيضًا.

وعند أبى يوسف رحمه الله: كان لا يثبت الحجر بسبب إفساد المال إلا بقضاء القاضى أيضًا وإن صار مصلحًا لماله.

فإن قيل: تصرف المحجور عليه للسفه يجب أن لا ينفذ على قول أبى حنيفة رحمه الله بعد ما قضى القاضى عليه بالحجر؛ لأن جواز تصرف السفيه المبذر مختلف فيه، وقضاء القاضى متى حصل فى المختلف فيه صار متفقًا عليه، كما لو قضى بجواز بيع المدبر.

قلنا: هذا إذا وجد القضاء بالمختلف فيه، وعلى قول محمد رحمه الله: هذا فتوى، وليس بقضاء، فإنه لا يثبت بسبب هذا القضاء ما لم يكن ثابتًا، بل يثبت ما كان ثابتًا، فإنه كان محجورًا عليه قبل القضاء متى كان مبذرًا لماله، وهذا هو حد الفتوى، فيكون هذا فتوى عند محمد رحمه الله، وبالفتوى لا يصير المختلف فيه متفقًا عليه.

وعند أبى يوسف رحمه الله: إن كان يحتاج فيه إلى حكم الحاكم ليصير محجورًا عليه، فيكون قضاء من هذا الوجه؛ لأنه يثبت بقضاءه ما لم يكن ثابتًا إلا أنه فتوى من وجه آخر؛ لأنه لم يوجد شرط القضاء، وهو الدعوى والإنكار، ولو وجد الدعوى والإنكار بأن تصرف بعد الحجر، فرفع الأمر إلى القاضى، وجرت الخصومة بين

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "لأن عند محمد رحمه الله كان ينفذ الحجر من غير قضاء القاضى".

المحجور وبين من عاقده، فقضى القاضى عليه بإبطال التصرف وصحة الحجر، فإنه يصير متفقًا عليه، فكان كالقاضى إذا قضى بجواز بيع المدبر قبل وجود الخصومة فى ذلك، فإنه لا يصير متفقًا عليه؛ لأنه فتوى وليس بقضاء، وبعد وجود الخصومة إذا قضى صار متفقًا عليه، فكذا ههنا.

١٨٧٧٠ - ثم الحجر بسبب السفه عندهما إنما يعمل فى حق تصرف يتصل بماله، ولا يصح مع الهزل والكره كالبيع والإجارة والإقرار بالمال، ولا يصح فى حق تصرف يتصل بماله، ولكن يصح مع الهزل والكره كالطلاق والعتاق والدعوة حتى يصح منه هذه التصرفات بعد الحجر، وكذلك لا يعمل فى حق تصرف يتصل بنفسه، ولا تعلق له بالمال، وذلك كالإقرار بالحدود والقصاص، حتى يصح الإقرار بهذه الأشياء بعد الحجر.

١٨٧٧١ - قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا بلغ الصبى مفسدًا لماله، فإنه لا يدفع إليه ماله، ويجوز تصرفه، يجب أن يعلم بأن العلماء وإن اختلفوا فى أن السفيه هل يحجر عليه أم لا؟ اتفقوا على أنه يمنع عنه ماله ما لم يبلغ خمسة وعشرين سنة، وإنما منع عنه ماله نظرًا له حتى لا يصرفه إلى وجوه الفساد كيلا يصير كلاً ووبالا على الناس ويمنع المال عنه، ويستدل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على جواز الحجر عليه.

ووجه الاستدلال به من وجهين: أحدهما: أنه لما منع عنه ماله نظرًا له وجب أن يحجر عليه أيضًا نظرًا له.

والثانى: منع المال بدون الحجر عن التصرفات لا يفيد؛ لأنه يتلف ماله بالتصرف، فيحجر عليه إبقاء لماله عليه وتتميما للنظر فى حقه، وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بين منع المال وبين الحجر عليه، ويقول: فى منع المال إبطال يده على المال صيانة لملكه فيه، وحقيقة الملك فى كونه نعمة فوق اليد، فأما الحجر ففيه إبطال أهلية التصرف، وولايته التى بها يمتاز الآدمى عن سائر الحيوانات، وهذه نعمة أصلية، فإنها أقوى، ونعمة المال نعمة زائدة، وإنها أدنى، فلا يجوز إبطال أعلى النعمتين لصيانة الأدنى.

وقوله: بأن منع المال لا يفيد بدون الحجر عن التصرف، قلنا: هذا فاسد؛ لأنه

منع ماله عليه، لا يتلف ماله عليه بيده إن كانت يتلف ماله بلسانه على قبلكم[١]، وقبل المنع يتلف بيده ولسانه، فكان المنع مفيدًا.

ثم إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة، وبقي مفسدًا لماله ولم يؤنس منه رشد لا يدفع إليه ماله عندهما، وإن هرم بظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِن آنَستُم مِنهُم رُشدًا فَادفَعُوا إِلَيهِم أَموَالَهُم﴾[٢]، ولأن الموجب لمنع المال هو السفه، وإنه قائم بعد استكمال خمس وعشرين سنة، فوجب القول ببقاء المنع لبقاء علته.

وأما قول أبي حنيفة رحمه الله: إنه يدفع المال إليه إذا بلغ خمسًا وعشرين وإن لم يؤنس منه رشد، قالوا: هذا شيء يربطه محمد رحمه الله، وأسنده إليه، وليس المذهب عند أبي حنيفة رحمه الله هذا، بل عنده لا بدّ وإن يظهر منه نوع رشد، فشرط دفع المال إليه عنده إيناس رشد ما، وفي الآية إشارة إليه؛ لأنه قال: ﴿فَإِن آنَستُم مِنهُم رُشدًا﴾، وإنه اسم فرد، فيقتضي رشدًا ما يظهر منه.

ومنهم من قال: لا، بل ما ذكر محمد رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله صحيح، وكان أبو حنيفة رحمه الله اعتبر الغالب؛ لأن الغالب من حال من بلغ خمسًا وعشرين سنة أن يظهر منه نوع رشد، وبعض مشايخنا قالوا: وإنما قدر إيناس رشد ما بخمس وعشرين سنة؛ لأنه أول وقت بلوغ الرشد ظاهرًا، ولا نهاية لما سواه.

وبيانه: أن هذا وقت يتناهى حال الآدمي في الكبر، فإن بلوغ هذا المبلغ يصير حدًّا، فإن أدنى ما يحتمل الإنسان اثنتي عشرة سنة، ثم يولد له الولد إلى ستة أشهر، ثم يبلغ ابنه باثنتي عشرة سنة، فيولد لابنه ولد بعد ستة أشهر، ومتى صار حدا تناهى حاله في الكبر، وبعد ما يتناهى حال الإنسان في الكبر يحدث له الرشد في الغالب، ويزول عنه مادة الصباء، فإن لم يحدث يكون نادرًا، والنادر يلحق ببني جنسه، فيصير مرشدًا من جهة الحكم، وإن لم يكن مرشدًا من حيث الحقيقة، ولهذا روى[٣] عن الفراء أنه كان يقول: إذا بلغ الرجل خمسين سنة، فقد بلغ رشديه، فيكون خمسة وعشرون رشدًا

---

(١) وفي م: "قلبكم".

(٢) سورة النساء: الآية٦.

(٣) وفي الأصل: "نقل".

واحداً، فقد أثبت الرشد بمضى خمس وعشرين سنة بلا تفصيل، ولأن الرشد نوعان: رشد تعاطى، ورشد من حيث السن، وقيل: مضى خمس وعشرين سنة، ولم يوجد واحداً منهما، فأما بعد مضى خمس وعشرين سنة، إن لم يوجد الرشد من حيث التعاطى، ووجد الرشد من حيث السن، فإن العرب تسمّى الذى بلغ خمس وعشرين سنة رشداً على ما حكينا من قول الفراء.

وبعضهم قالوا: إنما قدر هذه المدة بخمس وعشرين سنة؛ لأن مدة البلوغ إذا كان بالسن فعند أبى حنيفة مقدر بثمانية عشر سنة، وبعده يحتاج إلى مدة لامتياز حاله، وأقل مدة التمييز سبع سنين، عرف ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام: «مروهم بالصلاة إذا بلغوا سبعاً»[1]، فيزاد عليه سبع سنين لهذا، فبلغ خمساً وعشرين.

وقال بعضهم: إنه مقدر بخمس وعشرين سنة باجتهاده، والمجتهد لا يناقش فى مثله؛ لأنه لو قدر بأكثر أو أقل، يجىء هذا السؤال أنك لم قدرت بذلك، فيترك اجتهاده وتقديره، ألا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله قال: فى الفأرة وقعت فى بئر، فاستخرجت قبل أن تنفسخ أنه ينزح عشرون دلواً، ولم يخالف أحداً أبا حنيفة رحمه الله فيه، بل تابعه؛ لأنه مجتهد، كذا ههنا.

١٨٧٧٢- وفى "إملاء ابن الوليد": قال أبو يوسف رحمه الله: قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا بلغ خمساً وعشرين سنة دفع إليه ماله إن لم يكن معتوهاً؛ لأنه بلغ السن الذى تكامل بها عقله وحفظه، وهذا إشارة إلى ما قلنا: إنه لا بدّ من إيناس نوع رشد عند بلوغ خمس وعشرين سنة، وعند إيناس نوع رشد يجب دفع المال إليه، قال: وإن حاضت الجارية أو احتلم الغلام أو تأخر ذلك، فاستكمل الغلام تسع عشرة سنة والجارية سبع عشرة سنة، وأؤنس منهما الرشد، واختبروا بالحفظ لأموالهما والصلاح فى دينهما دفعت إليه أموالهما، وإن كان غير مستأنسين لم يدفع إليهما منه شىء.

---

(١) أخرجه الدارقطنى فى "سننه" ١/ ٢٣١ حديث (٦) والطبرانى فى "الأوسط" ٤/ ٢٥٦ حديث ٤١٢٩ والحارثى فى "مسنده" ١/ ٢٣٨ حديث (١٠٦) وذكره الهيثمى فى "مجمع الزوائد" ١/ ٢٩٤ والعجلونى فى "كشف الخفاء" ٢/ ٢٦٦ حديث (٢٢٨٦) وقال: فى إسناده داود بن الحبر متروك، وهو فى نسخة سمعان بن المهدى عن أنس بلفظ: "مروا الصبيان بالصلاة إذا بلغوا سبع سنين".

وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله: مثل ذلك إلا إذا تأخر الاحتلام والحيض خمس عشرة مسنة فيهما، وهذا لأن الغلام والجارية إذا بلغ رشدًا زال ولاية المولى عنهما، وإنما يمنع عنهما مالهما بما يخاف عليهما من تضييع المال نظرًا إليهما، فإذا عرف منهما الرشد وجب دفع المال إليهما.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾[1] الآية، والمراد من قوله تعالى: ﴿بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ الاحتلام والحيض، فالمحتلم يرى في منامه صورة النكاح، وإن تأخر الاحتلام والحيض، فالبلوغ بالسن، وإنه على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: خمس عشرة سنة في الغلام والجارية، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: اختلف الروايات، فعلى رواية كتاب الوكالة: البلوغ في الغلام أن يستكمل تسع عشرة سنة، وفي الجارية أن يستكمل سبع عشرة سنة، وعلى رواية كتاب الطلاق البلوغ في الغلام: أن يستكمل ثماني عشرة سنة، ويطعن في التاسع عشر سنة، في الجارية أن يطعن في سابعة عشرة سنة، فإذا حكم بالبلوغ عند إدراك هذا السن أو بالحيض والاحتلام إن كان رشيدًا مصلحًا، دفع إليه المال، وإن لم يكن رشيدًا، بل كان مفسدًا، فلوصيّه وللقاضي أن يمنع المال عنه بالإجماع، فأما القاضي إذا أراد أن يحجر عليه، فالمسألة على الاختلاف.

١٨٧٧٣- قال في "النوادر": وإذا بلغ الغلام مصلحًا، ودفع إليه المال بإيناس الرشد منه، ثم صار مفسدًا مستحقًا للحجر عليه، فباع واشترى لم يجز فعله إذا كان يوم فعل ممن يستحق الحجر، وهذا قول محمد رحمه الله بناء على أن عنده الحجر يثبت بنفس السفه، ولا يتوقف على القضاء، وعند أبي يوسف رحمه الله: الحجر لا يثبت إلا بقضاء، وقبل القضاء هذه التصرفات صدرت من غير المحجور، فينفذ كما لو صدرت في حال صلاحها[2]، ثم هذا الذي بلغ مصلحًا، وفسدت حاله، وحال الذي بلغ مفسدًا سواء إلا في حق منع المال عند أبي حنيفة رحمه الله، فإن عنده لا يمنع المال عن الذي بلغ مصلحًا، ثم فسد؛ لأن الذي بلغ مفسدًا إنما منع المال عنه لبقاء أثر الصباء فيه، وقد زال

---

(١) سورة النساء: الآية٦.

(٢) وفي ظ: "صلاحه".

أثر الصباء لما بلغ مصلحًا، فلا معنى لمنع المال عنه، هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الحجر.

فأما إذا بلغ مصلحًا حافظًا لماله إلا أنه فاسق لا تقبل شهادته، ويدفع المال إليه، ولا يمنع منه عند علمائنا، قال الشافعي رحمه الله: إن كان فاسقا لا تقبل شهادته، ولا يدفع المال إليه ويمنع منه، والصحيح مذهبنا لقوله تعالى: ﴿فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ﴾[1] فقد شرط إيناس رشد واحد لدفع المال إليه؛ لأنه نكرة في الإثبات، والنكرة في الإثبات تخص ولا تعم، فيتناول رشدًا واحدًا، وأجمعنا على أن الرشد في المال مراد، وهو أن يكون مصلحًا لماله حافظًا له، فلا يكون الرشد في الدين مرادًا، فيصير المذكور حينئذٍ رشدين، ولم يشترط لدفع المال إلا رشد واحد؛ ولأنه بلغ مصلحًا لماله، فلا يمنع المال قياسًا على ما لو كان مصلحًا في المال والدين جميعًا.

١٨٧٧٤- قال محمد رحمه الله: والذي بلغ سفيهًا والصبي الذي لم يبلغ، وهو يعقل ما يصنع سواء عندنا إلا في أربع خصال: إحداها: وهو أنه يجوز للأب ولوصي الأب أن يتصرف على الصغير، فيشتري له مالا ويبيع، ولا يجوز تصرف الأب ولا وصي الأب على البالغ السفيه إلا بأمر الحاكم.

والثانية: أنه يجوز نكاحه، ولا يجوز نكاح الصبي العاقل.

والثالثة: أنه يجوز إعتاقه ولا يجوز إعتاق الصبي العاقل.

والرابعة: يجوز طلاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل.

وإن دبّر عبده ذكر أن التدبير جاز؛ لأن التدبير عتق مؤجل، ويصح منه العتق المعجل، فلأن يصح منه العتق المؤجل، وإنه أقل ضررًا من العتق المعجل أولى، وإذا جاز تدبيره، أو انتقص من قيمته مائة، فإنه لا يسعى فيما انتقص لا حال حياته ولا بعد وفاته، أما حال حياته لا شك لا يسعى؛ لأنه عبده مادام حيًّا، والسعاية للمولى على عبده حال حياة المولى إنما تجب بسبب الكتابة إما كتابة قصدية أو حكمية، ولم يوجد من المولى كتابة قصدية ولا حكمية؛ لأن الكتابة الحكمية أن يكون عتق العبد معلقًا بأداء السعاية، وههنا لا يعتق، وإن السعي في قدر النقصان، وإيجاب الدين للمولى على

---

(١) وقد مرّت ذكرها.

عبده بدون الكتابة متعذر، ولا يجب بعد وفاته وإن عتق؛ لأن سبب وجوب الدين وجد قبل العتق، وهو احتباس قدر النقصان عند العبد، ولم يجب الدين بهذا السبب على العبد، فلا يجب بعد العتق كما لو أتلف مالا للمولى وهو عبده، ثم عتق من بعد لا يؤاخذ بضمان ذلك؛ لأن سبب وجوب الدين وجد وهو عبده، فلم يؤاخذ بعد العتق، فكذلك هذا، ولكن يسعى فى قيمته مدبراً بعد موت المولى، وقد استقام إيجاب هذه السعاية عليه؛ لأن هذه السعاية تجب للمولى بعد عتق العبد، وإيجاب السعاية للمولى بعد عتق العبد جائز كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما وهو معسر، فإنه يسعى للآخر، فكذلك هذا، وشبّه هذا بالمريض إذا دبّر عبداً له وعليه دين يحيط بماله، ثم مات المريض، فإن العبد يسعى فى قيمته مدبّراً للغرماء، ولا يسعى فيما انتقص بسبب التدبير للغرماء؛ لما بيّنا.

فكذلك هذا، قالوا: وما قالوا: إن المدبر يسعى فى قيمته مدبراً بعد موت المولى تأويله إذا لم يوافق هذه الوصية وصية أهل الصلاح، بأن كان يعد أهل الصلاح مثل هذه الوصية سرفًا من الموصى، فأما إذا كان يعدونه سرفًا، ويكون موافقًا لوصية أهل الصلاح، فإنه يجوز استحسانًا، ولا يسعى فى شىء من قيمته إذا كان يخرج من ثلث ماله؛ لأن وصيته بما يوافق الحق، وما يوصى به أهل الخير والصلاح، ولا يعدّ أهل الصلاح ذلك سرفًا منه، فإنه يجوز استحسانًا، فكان تأويل ما ذكرنا ههنا ما قلنا: إذا أوصى بوصايا، فالقياس أن لا يجوز ذلك منه كيف ما كان، لكن يجوز استحسانًا ما وافق وصايا أهل الصلاح، ولا يعدون ذلك سرفًا من الموصى، ولا يستحفشونه فيما بينهم.

وجه القياس: أنه لا يصح هبته ولابيعه، فلا تجوز وصيته قياسًا على الصبى.

وجه الاستحسان: وهو أن فساد بيعه وإجارته وهبته ليس لفساد عبارته، فإنه صحيح العبارة فيما يضره، أو يتردد بين النفع والضرر لكونه مكلفًا، حتى صح منه النكاح والعتاق، وإنما كان الفساد نظرًا له لصيانة المال عليه؛ لأن المال قوام الآدمى، والنظر له أن يجوز وصيته، لأنه تمليك بعد الموت، وإنه يستغنى عن ماله بعد الموت متى لم يوص يزول عن ملكه إلى ورثته بلا ثواب يحصل له.

وإذا صحت الوصية، زال عن ملكه بثواب يحصل له، فكان النظر فى تجويزه بعد أن لايكون فيه سرف حتى يعلم أن قصده الصلاح بخلاف الصبى؛ لأنه فاسد العبارة فيما كان موضوعًا فى نفسه الضرر، أو تردد بين الضرر والنفع، فتكون عبارته فى ذلك بمنزلة عبارة المجنون، ولهذا لم يصح منه شىء من التصرفات التى تضره، أو يتردد بين الضرر والنفع.

١٨٧٧٥- قال: ولو أن هذا الذى بلغ، وهو مفسد غير مصلح جاءت جاريته بولد، فادّعاه أنه ابنه صحت دعوته، وثبت نسب الولد منه، وكان الولد حرّاً من غير سعاية، والجارية تصير أم ولد له، وتعتق لموته من غير سعاية، أما تصح دعوته؛ لأنه يصح عتقه، فتصح دعوته قياسًا على المصلح لماله، بل أولى؛ لأن الدعوة أسرع نفاذًا من العتق، ألا ترى أنهم قالوا: فيمن باع جارية من رجل، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر، فادّعاه البائع فإنه تصح دعوته، ولو أعتق ولدها لا يصح عتقه، وإذا صحت دعوته كان الولد حرّاً من غير سعاية، والأم تعتق بموته من غير سعاية.

هذا إذا كان علوق الولد فى ملكه، فأما إذا لم يكن علوقه فى ملكه، فادّعى نسبه ثبت نسب الولد منه، لكن يكون الولد حرّاً بالسعاية، والأم تعتق بموته بالسعاية، وذلك لأن علوق الولد متى لم يكن فى ملك المدّعى تكون الدعوة دعوة تحرير، ألا ترى من باع جاريته من إنسان، فجاءت بالولد لستة أشهر فصاعدًا، حتى لم يتيقن بعلوق الولد فى ملك البائع إذا ادّعاه البائع، فإنه لا تصح دعوته كما لا يصح عتقه، وإذا كانت دعوته فى هذه الصورة دعوة تحرير كان هذا والتحرير سواء، وإذا وجب اعتبار هذه الدعوة بالتحرير، صار كأن السفيه، قال للولد: أنتَ حر، وللجارية: أنتِ حرة بعد موتى، ولو قال: هذا، صح ذلك منه، ووجب عليهما السعاية، فكذلك هذا، فأما إذا كان علوق الولد فى ملكه، فالدعوة دعوة استيلاد، ولهذا لا يصح من البائع، والاستيلاد من الحوائج الحالية للسفيه لا بدّ له من ذلك كالنفقة.

والدليل على أن الاستيلاد من جملة الحوائج الحالية للإنسان ما قالوا فى المريض مرض الموت إذا كان عليه دين مستغرق، فادّعى ولد جاريته كان له، إن كان علوق الولد فى ملكه صح دعوته، وثبت نسب الولد منه، وكان الولد حرّاً من غير سعاية، وتعتق

الجارية بموته من غير سعاية؛ لأن الدعوة دعوة استيلاد، فكان من حوائجه وحق الغرماء والورثة لا يتعلق بما كان عن حوائجه الحالية، وإذا لم يتعلق بما كان من حوائجه حق الغرماء والورثة كان المريض في ذلك والصحيح سواء.

وبمثله لو لم يكن علوق الولد في ملكه بأن اشترى جارية من السوق، ثم جاءت الجارية بولد، فادّعاه المريض، فإنه يثبت نسب الولد، فيكون الولد حرّاً بالسعاية، والجارية تعتق بموته بالسعاية؛ لأن الدعوة منه دعوة تحرير، فجعل الدعوة منه والإعتاق سواء، ولو أعتق الولد والجارية كان عليهما السعاية، فكذلك هذا.

١٨٧٧٦- قال: ولو كانت الجارية التي لا يعلم لها ولد، قال لها: هذا السفيه كانت هذه أم ولد لي كانت بمنزلة أم ولده لا يقدر على بيعها، فإن مات سعت في جميع قيمتها؛ لأنه متى لم يكن معها ولد، فالدعوة دعوة تحرير؛ لأنا لم نعلم علوق الولد في ملكه، ألا ترى أن البائع إذا ادّعى الولد بعد ما مات الولد وأعتق الولد، فإنه لا تصح دعوته، واعتبر دعوة تحرير لما لم يكن معها ولد، وإذا اعتبر تحريراً، صار كأنه قال للجارية: أنتِ حرة بعد موتي، ولو قال لها: أنتِ حرة بعد موتي، كان لا يقدر على بيعها، ولو مات عتقت بالسعاية، فكذلك هذا، ألا ترى أن المريض إذا ادّعى جارية ليس معها ولد وعليه دين كثير، فإنها تعتق بموته، وكان عليها السعاية، واعتبر تحريراً منه.

١٨٧٧٧- قال: في الذي لم يؤنس منه الرشد لو اشترى أباه وهو معروف وقبضه كان شراءه فاسداً، ويعتق الغلام عليه، وذلك لأن السفيه في حق الشراء والصبي المحجور سواء، والصبي المحجور ولو اشترى أباه وقبضه كان شراءه فاسداً، ويعتق عليه، فالسفيه أولى، وإنما كان الشراء فاسداً؛ لأن الشراء من حيث إنه تملك، وفي التملك منفعة للصبي والسفيه يجب أن يكون جائزاً كالهبة، ومن حيث إنه فيه إيجاب العوض عليه، وفيه ضرر يجب أن لا يصح، فقد اجتمع ما يوجب الصحة والفساد، فاعتبر فاسداً، وهذا كما قالوا: فيمن اشترى عرضاً بعرض، ثم هلك أحد العرضين قبل القبض فإن الشراء في العرض القائم يفسد؛ لأنه اجتمع في العرض القائم مايوجب الصحة والفساد؛ لأن كل واحد من العرضين مبيع من وجه ثمن من وجه، فباعتبار أن القائم مبيع، والهالك ثمن يبقى العقد عليه، فالصحة في القائم، وباعتبار أن الهالك

مبيع والقائم ثمن يكون العقد فاسدًا في القائم، فجعل الشراء فاسدًا، فكذا هذا، والشراء الفاسد يفيد الملك بعد القبض، فهذا ملك قريبه، فيعتق عليه كما لو ورثه، وإذا أعتق عليه ذكر أن المشترى لا يضمن للبائع القيمة؛ لأن القيمة لو وجبت على المشترى إنما تجب بالقول، والسفيه لا يؤاخذ بضمان الأقوال كالصبى سواء، ولكن العبد يسعى فى قيمته للبائع؛ لأنه كان للبائع فى هذا العبد حق وهو الاسترداد، وقد احتبس هذا الحق عند العبد لما أعتق، وقد تعذر تضمين المعتق؛ لما بيّنا، والحق معتبر بالحقيقة، ولو كان له حقيقة ملك وقد احتبس عند العبد وتعذر تضمين المعتق كان على العبد السعاية كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما وهو معتبر، فكذا إذا كان له فيه حق، وقد ذكرنا أن السفيه إذا تزوج امرأة كان النكاح جائزًا، بخلاف الصبى على ما بيّنا.

١٨٧٧٨-وإذا جاز النكاح إن كان المسمّى مهر مثلها أو أقل لزمه ذلك؛ لأن السفيه فى حق النكاح والصلح سواء، وإن كان المسمّى أكثر من مهر مثلها فإنه يحط عنه الزيادة على مهر المثل؛ لأن الزيادة على مهر المثل إيجاب مال بغير عوض، فيكون بمنزلة التبرع فلا يصح منه، وكان بمنزلة المريض إذا تزوج امرأة، إن كان المسمّى مهر المثل، صح ذلك حتى حاصّت الغرماء فى ذلك، وإن كان أكثر من مهر المثل، فإنه يحط الزيادة عنه حتى لا تحاصّ المرأة الغرماء فى الزيادة، فإن طلقها قبل الدخول بها كان عليه نصف المهر؛ لأن السفيه فى حق الطلاق والصلح[1] سواء، ثم قال: وكذلك لو تزوج كل يوم واحدة، ثم طلقها كان على ما وصفت لك.

١٨٧٧٩- قال: ولو أن الرجل المحجور عليه حلف بيمين، أو بأيمان كثيرة أو بنذور كثيرة من هدى أو صدقة، أو غير ذلك، لم ينفذ له القاضى شيئًا من نذوره؛ لأنه لو أطلق له ذلك نذر كل يوم نذورًا كثيرة، فيتوصل بذلك إلى إتلاف ماله، فلا يفيد الحجر حينئذ فائدته، وإن حنث فى يمينه لم يعتق عبده، ولم يطعم ولم يلبس، وقيل له: صم ثلاثة أيام متتابعات؛ لأنا لو كفرنا يمينه بالمال يحلف كل يوم وحنث، فتمكن من إفساد ماله، فلا يفيد الحجر، ولكن يقال له: هذا شيء له بدل، وأنت ممنوع عن مالك بسبب السفه، فيجزئك الصوم كما يجزئ الغائب عن ماله الصوم لما صار ممنوعًا عن ماله

(١) فى ظ: "المصلح".

بسبب الغيبة، وكما يجزئ الذى غصب أمواله وجحدت، وكذلك لو ظاهر من امرأته وأعتق، فإنه لا يجزئه عن الظهار، ويسعى الغلام فى قيمته؛ لأن لو مكناه من ذلك، لظاهر كل ساعة من امرأته ويعتق، فيتوصل بذلك إلى فساد ماله، فلا يفيد الحجر، فوجبت السعاية على العبد، ولم يجز عتقه عن ظهاره بالسعاية التى وجبت على العبد، وكان عليه أن يصوم شهرين متتابعين؛ لأنه ممنوع عن ماله، واستشهد لهذه المسألة بالمريض يعتق فى مرضه عن الظهار أو عن اليمين وعليه دين مستغرق، فإنه يجب على العبد السعاية ولا يجزئه عن الظهار، فكذالك هذا.

١٨٧٨٠- ولو أن هذا المحجور قتل رجلا خطأ كان ديته على عاقلته؛ لأن المصلح[1] على هذا الوجه كانت ديته على عاقلته، فالمحجور أولى، وكذلك لو قتل رجلا بعصا، كانت الدية على عاقلته مغلظة؛ لأن المصلح لو قتل رجلا على هذا الوجه وجبت الدية مغلظة على عاقلته، فالمحجور أولى.

ثم لا يكفر بالعتق؛ لأنه لو أطلق بذلك توصل بذلك إلى إفساد ماله، فلا يفيد الحجر، ولكن يصوم شهرين متتابعين؛ لأنه ممنوع عن مال بسبب السفه، وإن أعتق عبداً عن كفارته وجبت السعاية على العبد، ولم يجز عن الكفارة كما فى الظهار.

١٨٧٨١- قال: وإذا أراد أن يحج حجة الإسلام لم يمنع من ذلك؛ لأن حجة الإسلام إنما وجبت عليه بإيجاب الله تعالى لا بإيجابه، وما وجب بإيجاب الله تعالى، فالسفيه فى ذلك والمصلح لماله سواء، ثم المصلح لماله لا يمنع من حجة الإسلام، فكذا هذا، ولكن لا يدفع النفقة إليه؛ لأنه متى دفع إليه ربما يفسدها ويبذرها، ويقول: ضاع منى، فأعطونى مرة أخرى ثم وثم حتى يأتى على ماله، ولكن يدفع إلى ثقة يريد الخروج إلى مكة حتى ينفق عليه ما يكفى المحجور فى الطريق لكراءه ونفقته وهديه إن كان قرن، وهو كما قال فى الزكاة: إنها تجب على السفيه إلا أن الحاكم لا يعطيه الزكاة حتى يؤدى بنفسه كيلا يفسد ذلك، فيقول: ضاع منى، فيطلب آخر ثم وثم حتى يأتى على ماله، ولكن يدفع إلى أمينه حتى يعطى الفقراء بأمره، فكذلك هذا.

وإذا أراد عمرة واحدة لم يمنع منها أيضًا، وإن كنا نرى العمرة تطوّعًا، وذلك لأن

---

(١) وكان فى الأصل: "لأن الصلح لو قبل".

العلماء مختلفون فى العمرة، منهم من يقول: بأنها فريضة لقوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾[1].

ومنهم من يقول: بأنها تطوع، ونحن نراها كذلك، لكن مع هذا لا يمنعه عنها احتياطًا؛ لأنه إن أدّى عمرة ليست عليه أولى من أن يترك عمرة كانت عليه، قالوا: لا يوجد فى كتب أصحابنا رواية أن العمرة تطوع إلا فى رواية هذا الكتاب، فإنه قال: وإن كنا نرى العمرة تطوّعًا، وإن أراد أن يقرن بحجة وعمرة لم يمنع من ذلك؛ لأنه لما لم يمنع من أن يفرد بالعمرة فى سفره على حدة فلأن لا يمنع من إتيانها فى سفر الحج، والنفقة أقل أولى.

١٨٧٨٢- قال: ولا يصدق السفيه إقراره بالنسب إذا كان رجلا إلا فى أربعة أشياء فى الولد والوالد والزوجة ومولى العتاقة؛ لما ذكرنا أن السفيه فى حق إثبات النسب والمصلح سواء، والمصلح إنما يصدق فى إقراره بالنسب فى الأربعة التى ذكرنا؛ لأنه يقر على نفسه، وأما فيما عدا ذلك لا يصدق؛ لأنه تحمل النسب على غيره، فكذلك هذا، وإن كان السفيه امرأة فإنها تصدق فى ثلاثة أشياء: بالوالد، والزوج، ومولى العتاقة، ولا تصدق فى الولد؛ لأنها تحمل النسب على غيرها، وهى فى ذلك، والمصلحة سواء.

ثم إذا صدق فى إقراره فى حق هؤلاء إن يثبت غير[2] هؤلاء بالبينة، فإنه تجب النفقة فى ماله، وإن لم يثبت غيرهم[3] بالبينة، ولكن السفيه أقر، فإنه لا تجب النفقة، وذلك لأن نفقة الأقارب إنما يستحق بالقرابة وبالعسر، فيضاف الاستحقاق إلى آخرهما، ثبوتًا، وآخرهما ثبوتًا العسر، فيضاف الاستحقاق إلى العسر، ومتى كان العسر ثابتًا بالبينة كان الاستحقاق بالبينة لا بإقراره، فيكون مقرًا بالنسب لا بالمال على نفسه، وإقراره بالنسب جائز، ومتى كان العسر ثابتًا بإقراره كان وجوب النفقة مضافًا إلى إقراره، وإقراره على وجوب المال باطل.

---

(١) سورة البقرة: الآية١٩٦.

(٢) وفى ظ: "فقير".

(٣) وفى ظ: "فقير".

وكذلك لو أقر للمرأة بنفقة ما مضى لم يصدق إلا ببينة ؛ لأن نفقة المرأة لا تصير دينًا فيما مضى إلا بقضاء أو رضا ، لم يعرف ذلك إلا بقوله ، فيصير مقرًا بإيجاب دين على نفسه ، فلايصدق إلا أن تقوم على ذلك بينة ؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة .

قال : وإن اختلع من زوجها بمال جاز الخلع ، ولم يجب المال عليها لا فى الحال ، ولا فى الثانى ، أما الخلع جائز ؛ لأن وقوع الطلاق معلق بقبول المال لا بوجوب المال ، ألا ترى أن الصبية إذا اختلعت من زوجها بمال ، وقبلت ذلك وقع الطلاق عليها لوجود القبول وإن لم يجب المال ، كذلك ههنا ، ثم الطلاق إن وقع بما هو صريح فى باب الطلاق كانت تطليقة رجعية يملك الرجعة إن كان دخل بها ، وإن وقع بلفظ الخلع يقع بائنًا ؛ لأن العوض لم يجب للزوج بهذا الخلع لا للحال ولا فى الثانى ؛ لأن المرأة السفيهة فيما صارت محجورة والصبية سواء ، وهى محجورة فى التزام المال بإزاء الطلاق ؛ لأنها بذلت مالا ، ولا يحصل لها مال ، فكانت كالصبية فى الخلع ، والصبية لو اختلعت من زوجها ، فإنه لا يجب المال لا فى الحال ولا فى ثانى الزمان .

١٨٧٨٣-وإذا لم يجب العوض بهذا الخلع لا فى الحال ولا فى الثانى إن وقع الطلاق بما هو صريح فى الطلاق يكون رجعيًا ، وإن وقع بلفظ الخلع يكون بائنًا كالصبية إذا اختلعت من زوجها ، وهذا بخلاف الأمة البالغة المصلحة إذا اختلعت من زوجها ، فإن الطلاق يقع بائنًا ، وقع بلفظة الصريح ، أو بلفظة الطلاق ؛ لأن العوض إن لم يجب فى الحال يجب فى الثانى ؛ لأنها إذا كانت بالغة مصلحة ، فالحجر لحق المولى لا لفساد عبارتها ، فإذا لم تكن فاسدة العبارة صح التزام البدل إلا أنه لا تؤاخذ به لحق المولى ، فيكون هذا طلاقًا وقع بعوض مؤجل ، فأما المرأة السفيهة فيما صارت محجورة ، فهى بمنزلة الصبية ، فتكون فاسدة العبارة ، وامتناع الوجوب إذا كان بفساد العبارة ، وإنه لا يؤاخذ بالمال لا فى الحال ولا فى الثانى ، وكان بمنزلة المجنون .

١٨٧٨٤- قال : فإن اشترى هذا المستحق للحجر شيئًا ، أو باعه قد ذكرنا أنه لا ينفذ منه ، ثم إذا رفع الأمر إلى القاضى ، فهذا لا يخلو إما أن يكون الثمن مقبوضًا أو غير مقبوض ، فإن كان مقبوضًا لا يخلو إما إن كان قائمًا أو هالكًا ، ولا يخلو إن كان بيع

رغبة أو لم يكن، ونعنى بقولنا: بيع رغبة إن يكون فيه توفير النظر والمنفعة على المحجور، فإن كان بيع رغبة، ولم يقبض الثمن، فإن القاضى يجيز البيع؛ لأن الحجر إنما كان للنظر، والنظر فى تنفيذ التصرف فى هذه الصورة، فيوجب على القاضى تنفيذه، ألا ترى أن الصبى إذا باع شيئًا واشترى، وكان النظر فيما باشر الصبى وجب على الوصى تنفيذه، كذا ههنا إلا أنه ينبغى للقاضى أن ينهى عن دفع الثمن إليه؛ لأن القاضى ينزع ماله من يده، فلأن يمنع منه كيلا يضيع أولى، فإن أجاز القاضى البيع، ونهاه أن يدفع الثمن إليه ودفعه إليه، فهلك فى يده لم يبرأ المشترى من الثمن، ويجبر على أن يدفع الثمن إليه مرة أخرى، وليس له أن ينقض البيع، أما أن يجبر على دفع الثمن مرة أخرى؛ لأنه لم يصح ذلك الدفع إذا كان بعد نهى القاضى عنه، ولا خيار له؛ لأنه هو الذى أوقع نفسه فى التهلكة، حيث دفع إليه مع نهى القاضى، ولا ينظر له بإثبات الخيار، وإن أجاز القاضى البيع مطلقًا، ولم ينهَه عن دفع الثمن إليه، فدفع إليه الثمن يجوز ويبرأ عن الثمن؛ لأن إجازة البيع مطلقًا إجازة له وللقبض أيضًا، ألا ترى أن فضوليًا لو باع مال إنسان، وأجاز المالك البيع مطلقًا كان ولاية قبض الثمن للفضولى، حتى لو قبض، وهلك فى يده هلك أمانة، كذا ههنا.

ولو أن القاضى أجاز البيع مطلقًا، ثم قال بعد ذلك: نهيت المشترى عن دفع الثمن إليه، فالنهى باطل حتى لو دفع الثمن إليه جاز ويبرأ عنه، فإن بلغ المشترى نهى القاضى الآن لا يجوز له أن يدفع الثمن إليه؛ لأن إجازة البيع لما كان إجازة للقبض، ملك المشترى الدفع بأمره، فبعد ذلك إنما يمنع جواز الدفع بالنهى إنما يصح النهى إذا علم به، فأما المشترى إذا لم يعلم فلا كالوكيل بالبيع لا ينعزل ما لم يعلم نهى الموكل، ونظائره كثيرة، وثبت حكم النهى فى حقه بإخبار واحد، سواء كان عدلا أو لم يكن عندهما، وعلى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله: لايثبت حتى يخبره رجلان أو رجل واحد عدل.

وأصل هذا الخلاف فى عزل الوكيل، وحجر العبد المأذون فيه كلمات كثيرة، وإن كان قد قبض الثمن وهو قائم فى يده، وكان النظر فى إمضاء العقد، فإن القاضى يمضيه ويجيزه، وهذا كالصبى.

قال: ثمة ينزع الثمن منه يعنى من هذا المستحق للحجر حتى يظهر رشده، كما فى

سائر أمواله، هذا إذا كان البيع بيع رغبة، فأما إذا لم يكن فيه محاباة فإن القاضى لا يجيز هذا العقد، بل يبطله؛ لأن النظر فى إبطاله، فإن لم يكن قبض الثمن، فقد برئ المشترى عن الثمن، واستردّ المبيع من يده، وإن قبض الثمن وكان الثمن قائمًا بعينه ردّه على المشترى؛ لأنه أخذه عوضًا عن المبيع، ولم يسلم ذلك للمشترى، فلم يسلّم عوضه.

١٨٧٨٥-هذا كله إن كان الثمن قائمًا، فأما إذا قبض الثمن، وهلك الثمن فى يده فإن القاضى يردّ هذا العقد ولا يمضيه؛ لأنه ليس فى الإمضاء منفعة للمحجور، فإن الإجازة مستندة إلى أول العقد، فكان الثمن هالكًا على ملكه، ألا ترى أن فضوليا إذا باع مال رجل فبلغ المالك وأجاز، وقد كان الفضولى قبض الثمن، وضاع من يده يهلك أمانة على ملك البائع، كذا هذا، فيؤدى إلى تضييع مال المحجور، فلهذا لا يجبر هذا العقد، ثم لا يضمن المحجور للمشترى شيئًا؛ لأنه لو ضمن لا يخلو إما أن ضمن بالعقد أو بالقبض لا جائز أن يضمن بالعقد؛ لأنه قد انتقض، ولا جائز أن يضمن بالقبض؛ لأنه حصل بإذن المالك، فلا يصلح شيئًا لوجوب الضمان، وإن كان المحجور استهلك الثمن ينظر إن كان فى البيع محاباة، فإن القاضى لا يجيز هذا العقد، ثم ينظر إن استهلكه فيما يحتاج إليه بأن أنفق على نفسه، أو حج حجة الإسلام، أو أدّى زكاة ماله، فإن القاضى يعطى الدافع مثله من مال المحجور؛ لأن الحجر لا يؤثر فى قدر الإنفاق على نفسه بالمعروف، ولا فرق بين أن ينفق من مال نفسه، أو ينفق من مال غيره، ثم يعطيه المثل من ماله، وإن كان بيع رغبة، فإنه يجيز هذا العقد؛ لأن النظر فى الإجازة.

١٨٧٨٦-وإن استهلك الثمن فيما لا يحتاج إليه بأن صرفه إلى وجوه الفساد لا شك أن لا يجيز هذا العقد سواء كان بيع رغبة أو كان فيه محاباة؛ لأن النظر فى الإبطال.

ثم إن عند أبى يوسف رحمه الله: يضمن المحجور مثله للمشترى، وعند محمد رحمه الله: لا يضمن، والخلاف فيه نظير الخلاف فيما إذا أودع، أو أقرض صبيًا محجورًا عليه أو عبدًا محجورًا عليه مالا، فاستهلكه لا يضمن الصبى ولا العبد فى الحال فى قول محمد رحمه الله، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: يضمن، فكذلك المحجور بالسفه إلا أن فى تلك المسألة أبو حنيفة رحمه الله مع محمد رحمه الله، وهنا أبو

حنيفة رحمه الله ليس مع محمد رحمه الله ؛ لأن على قول أبى حنيفة رحمه الله لا يتحقق الحجر بسبب[1] السفه، فيضمن عنده كالرشيد.

وعند محمد رحمه الله : يتحقق الحجر فكان كالصبى والعبد إلا أن العبد يؤاخذ به بعد العتق والسفيه، والمحجور لا يؤاخذ به بعد زوال الحجر.

والفرق أن ثمة المانع من وجوب الضمان حق المولى، وقد زال بالعتق فيؤاخذ به، أما ههنا المانع النظر للسفيه، وإنه لا يختلف حالة الحجر، وزواله فلا يؤاخذ به فى الموضعين، كما فى الصبى لا يؤاخذ به للحال، وكذلك لا يؤاخذ به بعد البلوغ أيضًا ؛ لما ذكرنا، كذا هنا -والله أعلم-.

١٨٧٨٧- قال : ولو أن المحجور عليه بسبب السفه، أودعه رجل مالا، فأقر أنه استهلك لم يصدق على ذلك لوجهين : أحدهما : أن استهلاكه الوديعة لو ثبت معاينة أو بالبينة لم يضمن فى قول محمد رحمه الله، وفى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله : لو كان يرى الحجر، فكيف إذا ثبت بإقراره، والثانى : أن أقر أنه استهلك ماله بغير إذنه لم يصح إقراره صيانة للمال عليه، فكيف إذا أقر أنه استهلكه بإذنه ؛ لأن الإيداع من المفسد إذن له بالاستهلاك، فإن صلح بعد ذلك سئل عن إقراره، فإن أقر أنه استهلكه فى حال فساده، لم يضمن شيئًا فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله : لو كان يرى الحجر على السفيه وهو قول محمد رحمه الله، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله : يضمن كما فى المحجور، وإن أقر أنه استهلكه فى حال صلاحه ضمن ذلك ؛ لأن التسليط على الاستهلاك من صاحب المال موقت بحالة الفساد، فإذا زال الفساد لم يبقَ التسليط، وصار كأن صاحب المال قال : أذنت لك بالاستهلاك ما دمت مفسدًا، ولو صرّح بهذا، ثم صار مصلحًا، فإنه لا يبقى التسليط، فكذلك هذا.

وكان بمنزلة ما لو أودع صبيًا محجورًا عليه إن استهلكه فى حالة الصباء لم يضمن، وإن استهلكه بعد البلوغ ضمن ؛ لأن التسليط موقت بحالة الصباء، كذا هنا.

١٨٧٨٨- قال : ولو أن رجلا أودع هذه السفيه مالا، فاستهلكه بمحضر من الشهود لا يضمن، لا فى الحال، ولا بعد ما صار مصلحًا لماله فى قياس قول أبى حنيفة

---

(١) وفى ظ : فثبت.

رحمه الله : لو كان يرى الحجر وهو قول محمد رحمه الله .

وعند أبي يوسف رحمه الله : يضمن ، فكان الجواب فيه كالجواب في الصبي المحجور إذا استهلك ما كان وديعة عنده بمحضر من الشهود ، فإنه لم يضمن عندهما ، وضمن عند أبي يوسف رحمه الله : أن المحجور مأخوذ بضمان الأفعال إن كان لا يؤاخذ بضمان الأقوال ، فكذلك هذا .

١٨٧٨٩-فرق بين هذا وبين حقوق الله تعالى ، فإنه قال : في كفارات الحج الذي لم يشرع له بدل من حيث الصوم ، ولا يؤاخذ به في حال الفساد ، وإذا صار مصلحًا لماله يؤاخذ به ، وفي حقوق العباد قال : لا يؤاخذ به لا في حال الفساد ، ولا في حال الصلاح ، ولا فرق بينهما من حيث المعنى ؛ لأنه في حقوق العباد إنما لا يضمن في الحال ، ولا في ثاني الحال ؛ لأن الاستهلاك في حالة الفساد حصل بتسليط صاحب المال المسلط على استهلاكه ، فالإنسان من جهة صاحب المال إذا استهلك لا يضمن في الحال ، ولا في ثاني الحال ، وفي حقوق الله لم يوجد التسليط على الإتلاف ممن له الحق ، ولو وجد ، نقول أيضًا : بأنه لا يضمن لا في الحال ، ولا في ثاني الحال ، وإن أقر بذلك إقرارًا لم يؤاخذ به ؛ لأنه محجور عن الإقرار بالمال ، فإذا صلح سئل عن ذلك ما بيّنا .

هذا إذا كانت الوديعة مالا سوى الغلام والجارية ، فأما إذا كانت الوديعة غلامًا أو جارية ، فقتله خطأ كانت قيمته على عاقلته عندهم جميعًا ؛ لأن الصبي المحجور لو فعل هذا وجب قيمته على عاقلته ، فالسفيه أولى .

وكذلك لو قطع يد الغلام والجارية بمحضرة من الشهود ، فإنه يلزمه ذلك في ماله عندهم جميعًا ؛ لأن الصبي المحجور لو فعل هذا ، لزمه ذلك في ماله ، فالسفيه أولى .

١٨٧٩٠- قال : ولو أن محجورًا عليه أقر أنه أخذ مال رجل بغير إذنه ، فاستهلكه وصدّقه رب المال ، وقدّمه إلى القاضي ، فإن القاضي لا يصدق المحجور عليه بذلك ؛ لأنه لو صدّقه في ذلك لم يفد الحجر ثمرة ؛ لأنه يقر بذلك إلى أن يتلف ماله ، فلا يفيد الحجر حينئذٍ ، فيصير محجورًا عن الإقرار بالمال كما صار محجورًا عن الهبة والصدقة ، فإذا صلح بعد ذلك لا يؤاخذ بما أقر به ؛ لما ذكرنا : أن السفيه فيما صار محجورًا هو بمنزلة

الصبي المحجور، والصبي المحجور إذا أقر في حالة الحجر والصباء أنه استهلك مال فلان بغير أمره، فإنه لا يؤاخذ بهذا الإقرار لا في الحال، ولا بعد البلوغ، فكذلك هذا إلا أنه يسأل عن إقراره بعد ما صار مصلحًا أن المقر به وهو الاستهلاك كان حقًّا أم باطلا، فإن أقر أن ما أقر به من الاستهلاك كان حقًّا يؤاخذ به، ويصير ما أقر به دينًا في ماله؛ لأنه أقر بعد الصلاح أنه استهلك ماله بغير إذنه في حالة الفساد، وإنه موجب للضمان، وإذا ثبت ذلك قد أثبت الاستهلاك بإقراره؛ لأن إقراره بالاستهلاك وجد بعد زوال الحجر، وإن قال: لم يكن المقر به ثابتًا، وكنت مبطلا في ذلك، فإنه لا يؤاخذ به؛ لأنه لم يقر بعد الصلاح باستهلاك ماله بغير إذنه في حالة الفساد والسفه، إنما أقر أنه كان أقر باستهلاك ماله بغير إذنه في حالة السفه، وإقراره باستهلاك المال في حالة السفة باطل، ويجب أن يكون الجواب في الصبي المحجور، أنه إذا أقر إنه استهلك مال إنسان بغير إذنه في حالة الصباء ثم بلغ، فقال: المقر به كان حقًّا يؤاخذ بذلك لإقراره بالاستهلاك في حالة الصباء، وإنه موجب للضمان، وبمثله لو قال: لم يكن حقًّا، فإنه لا يؤاخذ به؛ لأنه لم يقر بعد البلوغ باستهلاك ماله بغير إذنه في حالة الصباء، وإنما أقر أنه كان أقر بذلك في حالة الصباء، وإقراره بذلك في حالة الصباء باطل، فكذلك هذا.

فإن قال رب المال: كنت محقًّا في إقرارك، وقال المحجور عليه: بل كنت مبطلا في الإقرار، فالقول قول المحجور عليه، وعلى رب المال البينة أنه استهلك ماله في حال السفه، فرق بين هذا وبينما إذا قال بعد ما صلح: أقرضتني ألف درهم في حال الحجر، أو أودعتني، واستهلكت ذلك، ولا ضمان علي، وقال صاحب المال: لا، بل أودعتك حالة الصلاح والرشد، فالقول قول رب المال إلا أن يقوم المحجور بينته على ذلك.

وجه الفرق بينهما: أن في المسألة الأولى تصادقا أن إقراره بالاستهلاك كان في حالة الحجر، وإقراره بالاستهلاك حالة الحجر باطل لا يثبت به الاستهلاك، وإذا لم يثبت الاستهلاك بإقراره صار وجود إقراره وعدمه سواء، ولو عدم إقراره بذلك، ثم ادّعى صاحب المال أنه استهلك ماله في حالة السفه بغير إذنه، وقال المحجور بعد ما صلح، ثم استهلك كان القول قوله؛ لأنه يدّعى عليه، وهو ينكر، فأما في المسألة الثانية فقد أقر المحجور عليه في حالة الصلاح أنه استهلك ماله في حالة السفه كان حقًّا؛ لأنه يدّعى أن الاستهلاك كان بإذن، فإن الإيداع من السفيه إذن له بالاستهلاك عند أبي حنيفة رحمه الله

لو كان يرى الحجر، وهو قول محمد رحمه الله، ورب المال أنكر إذنه فيكون القول قوله، وعلى المحجور البينة، والجواب فى هذا وفى هذا الصبى المحجور كذلك، والصبى المحجور إذا أقر أنه كان مبطلا فى إقراره، وادّعى صاحب المال أنه كان محقًا، فالقول قوله؛ لأن استهلاكه لم يثبت بإقراره فى حالة الصباء، فصار وجود إقراره وعدمه بمنزلة.

ولو عدم الإقرار، وادّعى رب المال أنه استهلكه مالا فى حالة الصباء، وهو أنكر بعد البلوغ، كان القول قوله، كذلك هذا.

وبمثله لو قال بعد الكبر: أقرضتنى وأنا صبى محجور، أو أودعتنى، واستهلكت ذلك، وقال صاحب المال: لا، بل أودعتك[1] وأقرضتك وأنت مأذون، أو بالغ، كان القول قول رب المال، وعلى الصبى البينة على ما ادّعى؛ لأنه أقر بعد البلوغ أن الاستهلاك كان حقًا منه؛ لأن الصبى ادّعى إذنه، وتسليطه على الاستهلاك بإقراضه وإيداعه[2] فى حالة الصباء فى قول محمد رحمه الله، وأنكر ذلك رب المال، فكان القول قول رب المال، وعلى الصبى البينة على ما ادّعى، وكذلك هذا.

قال: ولو قال بعد ما صلح: إنك أقرضتنى فى حال فسادى ألف درهم، أو أودعتنى، واستهلكت ذلك، وقال رب المال: لا، بل أقرضتك، أو أودعتك بعد ما صلحت، فالقول قول رب المال.

١٨٧٩١-فرّق[3] بين هذا وبين ما إذا قال رب المال: أودعتك، وأقرضتك فى حالة الحجر، إلا أنك استهلكت بعد ما صلحت، ولى عليك الضمان، والمحجور يقول: لا، بل استهلكت فى حالة الفساد، ولا ضمان على لك، فالقول قول المحجور، وعلى رب المال البينة أن المال كان قائمًا فى يده بعد ما صلح.

ووجه الفرق: أن المحجور أقرّ فى المسألة الأولى أنه فى الاستهلاك كان حقًا منه؛ لأنه ادّعى أنه كان بإذنه وتسليطه، وأنكر رب المال ذلك، فقال: ما أذنتك، فكان القول

(١) وفى "ظ": أوادعتك.

(٢) وفى "ظ": وإيداعته.

(٣) وفى "م": لا فرق.

قول رب المال، وعلى المحجور البينة على ما ادّعى.

وفى المسألة الثانية : أقر رب المال أنه سلطه على الاستهلاك، وأذن له فى ذلك لما قال : أقرضتك، وأودعتك فى حالة السفه، فى قياس قوله أبى حنيفة رحمه الله : لو كان يرى الحجر، وهو قول محمد رحمه الله.

والمحجور قال : أمضيت ما سلطتنى عليه فى حالة الفساد، ولا ضمان علىّ، ورب المال يقول : إنما أمضيت ما سلطتك عليه بعد الكبر، ولى عليك الضمان، فيكون القول قول المحجور، وعلى صاحب المال البيّنة.

ونظير هذا ما قالوا : فى الوكيل بالبيع مع الموكل، إذا اختلف فى البيع، والسلعة قائمة أو هالكة، قال الموكل : بعت بعد العزل، وصرت ضامنًا، وقال الوكيل : لا، بل بعت قبل العزل، ولا ضمان لك علىّ، كان القول قول الموكل ؛ لأنه يقول : أمضيت ما سلطتنى قبل العزل، ولا ضمان علىّ، والموكل يقول : أمضيت بعد العزل، ولى عليك الضمان، فكان القول قول الوكيل، وعلى الموكل البينة، كذا هنا.

١٨٧٩٢- قال : ولو أن امرأة قد بلغت محجورًا عليها لإفسادها مالها، تزوجت رجلا بمهر مثلها، أو بأقل من ذلك، أو بأكثر، ولا ولى لها، ثم رفع ذلك إلى القاضى، فإن كان الرجل لم يدخل بها، وهو كفو لها، وقد تزوجها على مهر مثلها، أو أكثر، أو أقل من مهر مثلها بحيث يتغابن الناس فى مثله، فالنكاح جائز لوجهين : أحدهما : أن النكاح مما لا يحتمل النقض بعد وقوعه، فكان بمنزلة الطلاق والعتاق، وإنهما يصحّان من المفسد لماله، فكذا النكاح.

والثانى : أنه لا فساد فى هذا التصرف، بل فيه صلاح، وتصرّف المحجور، إنما لا يجوز ما كان فيه فساد، فأما ما كان فيه صلاح، فهو والمصلح فى ذلك سواء.

قالوا : ما ذكر فى الكتاب قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف الآخر ؛ لأن المحجورة فى حق هذا النكاح والمصلحة لمالها سواء، والمصلحة لمالها لو تزوجت نفسها من كفو بمهر المثل، فإنه يجوز على قولهما، ولا يجوز على قول محمد رحمه الله إلا أن يجيزه الولى، فيجب أن يكون هذا على هكذا ذلك.

ومنهم من قال : ما ذكر الكتاب قولهم جميعًا، وهو الظاهر، فيكون رجوعًا من

محمد رحمه الله إلى ما قاله أبو حنيفة وأبو يوسف رحمه الله: إن النكاح بغير ولي جائز؛ لأنه بنى مسائل هذا الكتاب على قول نفسه، وليس يذكر فيه قول غيره، هذا إذا زوجت نفسها بمهر مثلها، أو بأكثر، أو بأقل بحيث يتغابن الناس في مثله.

فأما إذا زوجت نفسها بأقل من مهر مثلها بما لا يتغابن الناس في مثله من كفو، فإنه لايجوز، ويخيّر الزوج إن شاء أكمل لها مهر مثلها، وإن أبى، فرّق القاضي بينهما، وهذا لأن منافع البضع عند دخولها في ملك الزوج عدّ مالا من حيث الحكم على ما عرف، وإذا كان المنافع البضع حكم المال عند دخولها في ملك الزوج، كان منافع البضع في هذه الحالة معتبرة بما هو مال من حيث الحقيقة والحكم.

١٨٧٩٣-ولو باعت ما هو مال من حيث الحقيقة والحكم بأقل من قيمتها، بحيث لا يتغابن الناس في مثله، فإنه لا يجوز ذلك منها، ويقال للمشترى: إن شئت أتمم لها تمام قيمتها، وإلا نفسخ عليك البيع، وإنما خيّر المشتري؛ لأنه يلزمه زيادة ثمن، لم يرضَ به، فكذا الزوج هنا يخيّر؛ لأنه يلزمه زيادة مهر على ما سمّى في العقد لم يرضَ به، فإن شاء أتم لها مهر مثلها حتى يجوز نكاحها، كما لو زوجت نفسها في الابتداء بمهر المثل، وإن شاء فسخ النكاح حتى لاتلزمه الزيادة.

ثم من أصحابنا من قال: هذا قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن من أصله أن المرأة إذا حطّت عن مهر مثلها بما لا يتغابن فيه، كان للأولياء حق الاعتراض، ويخيّر الزوج بين أن يكمل لها مهر مثلها، وبين أن يفرق القاضي بينهما، وعلى قولهما: حطّها صحيح، وليس للأولياء حق الاعتراض، فكذلك ههنا، ينبغي أن لا يكون للقاضي أيضًا حق الاعتراض على قولهما.

ومنهم من قال: لا، بل هذا قولهما؛ لأن مسائل هذا الكتاب مبنيّ على قولهما؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله الحجر لا يصحّ، فكيف يبنى على قوله هذه الأحكام.

وفرقا بين المصلحة والمفسدة، وقالا: المصلحة غير محجورة عن الحطّ، فيصح حطّها، فلا يكون للأولياء حق الاعتراض، فأما المفسدة محجورة عن الحطّ؛ لأنه يضرها، فلا يصح حطها، فيقول القاضي للزوج: إما أن تكمل لها مهر مثلها، حتى لا يقطع الحط والغبن، أو فرق بينكما، وصار كما لو أكره الولي المرأة على تزويجها بأقل

من مهر مثلها، فزوجها، فالنكاح يجوز، ويقال للزوج بعد زوال الإكراه: إما إن بلغت تمام مهر مثلها، وإلا فرق بينكما، كذا هذا.

ومتى اختار الفسخ لا يلزمه من المهر قليل ولا كثير وإن جاءت الفرقة من قبل الزوج؛ لأن النكاح متى فسخ قبل الدخول، فإنه يسقط الصداق كله، سواء جاءت الفرقة من قبلها، أو من قبل الزوج، كما في خيار البلوغ، إذا فسخ النكاح قبل الدخول بها، فإنه يسقط الصداق، سواء فسخ بخيار البلوغ للزوج أو للمرأة، فكذلك هذا.

١٨٧٩٤-وإن تزوجت غير كفو على مهر مثلها، كان للقاضي أن يفرق بينهما؛ لأن فسادها لما أثر في مالها، حتى أوجب الحجر عن نقصان مهر، مثلها فلأن كان تؤثر في نفسها أولى؛ لأن مالها لا يصون إلا لنفسها.

١٨٧٩٥- قال: ولو أن غلامًا أدرك مدرك الرجال، وهو مصلح لماله، فدفع إليه وصيّه أو القاضي ماله، فباع عبدًا من عبيده، ولم يدفعه إليه، ولم يقبض الثمن، وكان الثمن حالا أو مؤجلا، حتى صار فاسدًا، يستحق الحجر، فدفع إليه الغريم المال، فهو باطل، ولا يبرأ من الثمن في قول محمد رحمه الله، ويبرأ في قول أبي يوسف رحمه الله، وذلك لأن على قول محمد رحمه الله ينحجر بنفس الفساد كما ينحجر بالعته.

ولو باع وهو صحيح بالغ، فقبل أن يقبض الثمن، صار معتوهًا إلا أنه مع هذا قبض الثمن بدفع المشتري الثمن إليه، لا يبرأ المشتري عن الثمن، فكذلك إذا صار محجورًا عن القبض بالفساد، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: بنفس الفساد لا ينحجر قبل قضاء القاضي، فصار وجود الفساد قبل قضاء القاضي بالحجر وعدمه بمنزلة.

١٨٧٩٦- قال: ولو أن رجلا وكله ببيع ماله، وهو مصلح غير مفسد، فباعه كما أمره، ثم إن البائع صار مفسدًا ممن يستحق الحجر، فقبض الثمن بعد ذلك، فإن وصل إلى الآمر برئ المشتري من الثمن؛ لأنه لما وصل الثمن إلى الموكل، فكأن الموكل قبض بنفسه من المشتري.

ولو قبض الموكل الثمن من المشتري من الابتداء، برئ المشتري من الثمن استحسانًا، فكذلك هذا، وكان بمنزلة ما لو دفع المشتري الثمن إلى أجنبي، فوصل إلى

الموكل برئ المشترى من الثمن وإن دفع الثمن إلى من ليس له حق الدفع؛ لأنه وصل إلى مستحقه، فكذلك هذا، وإن لم يصل الثمن إلى الآمر حتى هلك فى يد البائع، فإنه يهلك من مال المشترى حتى يؤخذ منه الثمن مرة أخرى؛ لأنه دفع الثمن إلى من ليس له حق القبض، فلايبرأ عن الثمن قبل وصوله إلى الموكل، كما لو دفعه إلى أجنبىّ، وهلك فى يده قبل أن يصل إلى الموكل.

وإنما قلنا: دفع الثمن إلى من ليس له حق القبض، وذلك لأن الأمر بالبيع توقت بحالة الصلاح، بدليل أنه إذا لم يبع حتى صار مفسدًا، فإنه لا يجوز بيعه، فكذا الأمر لقبض الثمن يتوقف بحالة الصلاح، فكذا الأمر بالقبض يتوقف بحالة الصلاح، وإذا توقت الأمران بحالة الصلاح، صار كأن الموكل قال له: بع واقبض الثمن ما دمت مصلحًا، وإذا فسدت، فلا تبع، ولا تقبض، فهو معنى قولنا: دفع الثمن إلى من ليس له حق الدفع، والتقريب ما مر.

ولا يخيّر المشترى وإن كان يلتزم ثمنًا آخر؛ لأنه لم يلتزم زيادة على الثمن المسمّى فى البيع، فإن البيع سالم له بالمسمّى فى البيع، وإنما لزمه ثمن آخر؛ لأنه دفع الثمن إلى من ليس حق القبض، ولم يصل إلى الآمر، فكان بمنزلة ما لو دفع إلى الأجنبى ليدفعه إلى البائع، فهلك فى يده قبل الدفع إلى البائع، فإنه يلزمه ثمن آخر ولا يتخيّر، فكذلك هذا.

قال: ولو أن الآمر أمره ببيع العبد، والمأمور مفسد غير مصلح ممن يستحق الحجر، فباع وقبض الثمن، والآمر يعلم أو لا يعلم بفساده، جاز بيعه وقبضه، أما إذا كان يعلم بفساده فلا إشكال له؛ لأنه لما أمره بالبيع، وفى الأمر بالبيع أمر بقبض الثمن، فقد رضى ببيعه وقبضه مع فساده.

وإن لم يعلم بفساده، فكذلك؛ لأنه لما أمره بالبيع، ولم يعلم بحاله، ويجوز أن يكون مفسدًا، ويجوز أن يكون مصلحًا، ولم يتفحّص عن حاله كان راضيًا ببيعه فى الحالين، كأن الآمر قال له: بع واقبض الثمن مصلحًا كنت أم مفسدًا، وكان بمنزلة ما لو وكل غلامًا ما لم يدرك، وهو يعقل المبيع والثمن، فباع وقبض الثمن، جاز بيعه

وقبضه، فذلك[١] هذا.

١٨٧٩٧- قال: ولو أن غلامًا بلغ مفسدًا محجورًا عليه باع شيئًا من متاعه ورقيقه، ولم يقبض الثمن حتى رفع ذلك إلى القاضى، فإن القاضى يجيز البيع، وينهى المشترى عن دفع الثمن إليه.

أما يجيز البيع لأنه لا فساد فى البيع، بل فيه صلاح، فكان النظر له أن يجوز البيع، ونهى المشترى عن دفع الثمن إليه؛ لأن فى دفع الثمن فساد، ثم يعمل نهى القاضى المحجور من قبض الثمن، وإن كان هو البائع.

١٨٧٩٨-فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع، إذا باع، فقال له الموكل: لا تقبض الثمن، فإنه لايعمل نهيه.

والفرق بينهما ظاهر، وهو القبض فى الموضعين جميعًا، صار حقًا للبائع؛ لأنه من حقوق البيع، فيكون للبائع إلا أن حجر الموكل الوكيل عن سائر حقوقه لا يعمل، فكذا لايعمل حجره عن قبض الثمن، وههنا حجر القاضى المحجور عن سائر حقوقه وأملاكه يعمل عند من يرى الحجر، فكذا يعمل حجره عن القبض، وإن اعتبر القبض حقًا له.

١٨٧٩٩-وإن دفع المشترى الثمن إلى المحجور، فضاع فى يد المحجور عليه لم يبرأ المشترى عن الثمن، وأجبر على أن يدفع ثمنًا آخرَ؛ لأنه دفع الثمن إلى من ليس له حق الدفع إليه، فصار كما لو دفع الثمن إلى الأجنبى، وصار كالمشترى من الأب والوصى، مال الصغير[٢] إذا دفع الثمن إلى الصبىّ، فإنه لا يبرأ وإن كان الملك فى الثمن للصبى؛ لأنه دفع إلى من ليس له حق الدفع إليه، فكذلك هنا.

١٨٨٠٠-ولو أن القاضى أجاز بيع المحجور عليه، ولم ينهَ المشترى عن دفع الثمن إلى المحجور عليه، فدفعه إليه، جاز، وبرئ المشترى عن الثمن؛ لأنه لما أجاز بيعه، فقد أجاز قبضه؛ لأن القبض من توابع البيع، فإنه من حقوقه، فكان إجازة البيع إجازة

(١) وفى الأصل و "ف": فكذلك.

(٢) وفى الأصل: مال الصبىّ.

القبض، وإذا جاز قبضه بإجازة البيع، فالمشترى بعد هذا دفع الثمن إلى من له[١] حق الدفع إليه، فيبرأ عن الثمن إلا أن يقول للقاضى: أجزت البيع، ولا أجيز المشترى أن يدفع الثمن إليه، فإذا قال: ذلك، ثم إن المشترى دفع الثمن إلى المحجور، فإنه لا يبرأ عن الثمن علم بما قاله القاضى، أو لم يعلم، إن علم بما قاله القاضى، فقد بلغه نهى القاضى، وكذلك إن لم يعلم؛ لأنه لما لم يبلغه نهى القاضى عن دفع الثمن إليه، لم تبلغه الإجازة؛ لأن النهى كان مقرونًا بالإجازة، فإذا لم يبلغه النهى عن دفع الثمن لا تبلغه الإجازة، وإذا لم تبلغه الإجازة، ودفع الثمن إلى المحجور عليه، فلا يبرأ عن الثمن[٢].

فرق بين هذا وبينما إذا أجاز القاضى بيعه، ثم نهى المشترى عن دفع الثمن إليه، قال: إن بلغه نهى القاضى عن دفع الثمن إليه فدفع، فإنه لا يبرأ عن الثمن، وإن لم يبلغه، فإنه برئ عن الثمن[٣]، وذلك لأنه لما علم إجازة القاضى لبيعه، فقد صار مأذونًا من جهة القاضى بدفع الثمن إليه؛ لأن فى إجازة البيع إجازة القبض، وإذا صار مأذونًا بدفع الثمن إليه لا يبطل هذا الإذن ما لم يبلغه نهى القاضى كالوكيل بالبيع، إذا عزله الموكل ما لم يبلغه العزل، يبقى وكيلا، فكذلك هذا.

بخلاف ما لو أجاز بشرط أن لا يدفع الثمن إليه؛ لأنه لم يصر مأذونًا بالدفع ما لم يعلم بالإجازة؛ لأن الإجازة كانت مقرونة بالنهى، لو بلغه الإجازة لكان يبلغه النهى، وإذا لم تبلغه الإجازة لم يصر مأذونًا من جهة القاضى بالدفع إليه، والمشترى متى دفع الثمن إلى المحجور عليه، فإنما يبرأ إذا صار مأذونًا من جهة القاضى بالدفع إليه.

ثم إذا سمع النهى من رجل عدل، أو رجلين فاسقين، فإنه يثبت النهى فى حقه فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله: لو كان يرى الحجر حتى لو دفع الثمن إليه بعد ذلك لا يبرأ عن الثمن.

ولو أخبره بذلك فاسق واحد، هل يثبت النهى؟ إن قال: ذلك على وجه

(١) وفى الأصل: ليس له.

(٢) وفى الأصل: عن ا لثمن بالإجازة.

(٣) وفى الأصل: عن دفع الثمن.

الرسالة، بأن قال: أرسلنى إليك القاضى، وقال لك: لا تدفع الثمن إليه، فإنه ثبت النهى فى قولهما، وفى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله: لو كان يرى الحجر.

فأما إذا أخبره من تلقاء نفسه بأن قال: سمعت من القاضى أنه نهاك عن دفع الثمن إليه، فإنه ثبت النهى عندهما، وفى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله: لا يثبت حتى يبرأ عن الثمن بالدفع إليه، إن كان يرى الحجر.

وعلى هذا عزل الوكيل، وحجر العبد المأذون متى أخبره المخبر من تلقاء نفسه، فإنه يشترط لصحة الحجر عند أبى حنيفة رحمه الله أحد شطرى الشهادة: إما العدالة أو العدد، وعندهما لا يشترط، وقد ذكرنا هذه المسألة فى كتاب الوكالة.

ثم استشهد بهذه المسألة، وقال: لو أن قاضيًا قال للمحجور عليه: بع عبدك هذا بألف، ولم ينهَه عن قبض الثمن، فباعه جاز قبضه، فكذا إذا أجاز بيعه مطلقًا غير مقرون بالنهى؛ لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء.

ولو قال له: بع ولا تقبض الثمن، فباع وقبض الثمن، فإنه لا يجوز قبضه، فكذلك إذا أجاز البيع بشرط أن لا يقبض الثمن، فقد اعتبر الإجازة فى الانتهاء بالإذن فى الابتداء.

١٨٨٠١- قال: ولو أن وصيًا أدرك بيتيم فى حجره، وهو مفسد غير مصلح ممن يستحق الحجر عليه، فحجر القاضى عليه، أو لم يحجر، فسأل وصيّه أن يدفع إليه ماله، فدفع إليه فضاع فى يده، أو ضيّعه، فالوصىّ ضامن؛ لأن دفع المال إلى المفسد تضييع للمال واستهلاكه، فيضمن الوصىّ كما لو ألقى ماله فى البحر.

فرق بين هذا وبينما إذا دفع الوصىّ المال إلى الغلام الذى لم يبلغ، وأمره بأن يشترى له ويبيع، فضاع فى يده، فإنه لا يصير ضامنًا، وإن دفع المال إلى المحجور.

ووجه الفرق بينهما: أن الوصىّ إذا دفع المال إلى الصبى، إنما لا يضمن إذا كان الصبىّ حافظًا لماله غير مفسد؛ لأن دفع المال إلى من يحفظ المال، ولا يفسده لا يكون تضييعًا للمال، واستهلاكًا له.

فأما ههنا المدفوع إليه مفسد للمال، ودفع المال إلى من يفسده استهلاك للمال،

قياس مسألتنا من تلك المسألة أن لو كان الصبىّ مفسدًا للمال غير حافظ، ولو دفع المال إلى مثل هذا الصبى، فإنه يصير ضامنًا، فإذا لا فرق بينهما من حيث المعنى، قال: ألا ترى أن الأب لو أذن له فى التجارة فى ماله لم يجز إذنه لكونه مفسدًا للمال، ولو أذن للصبىّ العاقل فى التجارة فى ماله، صحّ إذنه لكونه حافظًا لماله.

١٨٨٠٢- قال: ولو أن القاضى أمر غلامًا قد بلغ مفسدًا غير مصلح، وقد حجر عليه القاضى، أو لم يحجر عليه، بأن يبيع ماله، ويشترى به صح إذنه، حتى لو باع، واشترى وقبض الأثمان كان ذلك جائزًا بخلاف الأب والوصىّ، فإنه إذا أذن له لا يصح له إذنه، وهذا لما ذكرنا أنه بعد ما بلغ مفسدًا، فإنه يزول عنه ولاية الأب أو الوصىّ، وإنما تثبت الولاية عليه للقاضى، وذلك لأن القاضى يجوز أن يثبت له الولاية على البالغ العاقل، متى عجز عن النظر لنفسه بعارض، فإنه يثبت له الولاية فى مال الغائب، ولا يثبت للأب والوصىّ، فكذلك بعذر السفه، وإذا يثبت للقاضى عليه ولاية، كان السفيه موليًا عليه من جهة القاضى، فإذا رأى القاضى النظر فى أن يأذن له فى التجارة بأن يرجى منه زوال الفساد، صح إذنه، فإن وهب أو تصدّق به لم يجز؛ لأن الداخل تحت الإذن التجارة لا التبرّع، وإذا لم يكن التبرّع داخلا تحت الإذن، صار الحال منه بعد الإذن كالحال قبله، وقبل الإذن لو تصدق، أو وهب لم يجز، فكذا بعد الإذن.

١٨٨٠٣-وأما إذا أعتق جاز، وسعى الغلام فى قيمته كما قبل الإذن، وإن باع واشترى بما يتغابن الناس فى مثله جاز، وإن كان بما لا يتغابن الناس فى مثله لا يجوز؛ لأن المحاباة تبرع إلا أن القليل منه مما لا يمكن الاحتراز عنه، فيدخل تحت الإذن، والكثير مما يمكن الاحتراز عنه، فلايدخل تحت الإذن، وما لم يدخل تحت الإذن، فالحال فيه بعد الإذن كالحال قبله.

١٨٨٠٤-وإن أذن له فى بيع عبد بعينه، أو فى شراء عبد بعينه، جاز، ولا يصير مأذونًا فى الأشياء كلها؛ لأن المحجور المصلح[1] للمال لو أذن له وليّه على هذا الوجه، لا يصير مأذونًا فى الأنواع كلها؛ لأنه أمره بتجارة لا يتكرّر، وعدّ ذلك من الاستخدام، فكذلك هذا، بل أولى؛ لأن الإذن أقبل للتخصيص فى حق المفسد لماله من الإذن فى

(١) وفى "م": لا يصلح.

حق المصلح بماله.

ألا ترى أن القاضي متى أذن للمفسد في ماله، وقال لأهل السوق: أجيز ما يثبت منه بالبينة، ولا أجيز ما يثبت بالإقرار، يعمل هذا التخصيص في حقه، ولو أذن الأب والوصي الغلام لم يدرك، وهو مصلح للمال على هذا الوجه، يصير مأذونًا في الأنواع كلها.

وإذا أذن له في شراء البر وبيعه خاصة دون ما سوى ذلك من التجارات، فإنه لا يعمل تخصيصه، فرق بين هذا وبينما إذا قال القاضي بمحضر من أهل السوق: إني قد أذنت لهذا في التجارة، ولا أجيز منها إلا ما أعلم أنه اشترى، أو باع ببينة، فإما إذا كان بإقرار منه، فإني لاأجيزه كان التخصيص عاملا[1]، وإنما كان كذلك؛ لأن التخصيص في المفسد، إنما يعمل إذا كان التخصيص مفيدًا، بأن كان يحصل به صيانة المال، فأمّا إذا كان لا يحصل به صيانة المال، لا يكون مفيدًا فلا يعتبر.

وههنا لا يحصل بهذا التخصيص صيانة المال، فإنه يمكنه أن يستهلك جميع ماله في هذا النوع، بأن يقرّ بشراء مال كبير من هذا النوع، لا يكون لذلك أصل، فيستهلكه بذلك جميع ماله، وإذا لم يكن التخصيص مفيدًا لم يعتبر؛ لأنه إنما يراعى من الشروط ما يفيد.

وفي المسألة الثانية: التخصيص يفيد هذه الفائدة؛ لأنه إنما يستهلك ماله بإقرار الأصل، فأما ما يكون معاينة، أو بالبيّنة لا يكون استهلاكًا للمال، وكان التخصيص مفيدًا، فاعتبر.

١٨٨٠٥-وهذا بخلاف ما لو جاء المولى بعبده إلى السوق، فأذن له في التجارة، وقال لهم: أجزت ما يثبت عليه بالبينة، أو معاينة، ولا أجيز ما ثبت عليه بإقراره، وإنه لا يعمل التخصيص.

وكذلك الغلام الحر الذي لم يدرك المصلح الحافظ لماله لما يأتي به أبوه، أو وصيّه إلى جماعة أهل السوق، فيقول لهم: مثل ذلك، فإنه لا يعمل التخصيص، وههنا قال في المحجور: يعمل.

---

(١) هكذا في "ف"، وفي "ظ" و"م": غلامًا.

ووجه الفرق بينهما: أن القياس أن لا يعمل التخصيص فى مسألتنا؛ لأن الإذن فكّ الحجر عن التجارة، ورفع له، وليس بتوكيل، وإنه مما لا يتجزأ، ألا ترى لو صار مصلحًا لماله، فإنه يزول هذا الحجر غير متجزئ.

وكذلك لو أعتق العبد، أو بلغ الصبيّ، فإذا كان زوال الحجر بهذه الأسباب لا يتجزأ، فكذلك لا يتجزأ زواله بالإذن إلا أنا تركنا هذا القياس فى المفسد، إذا كان التخصيص مفيدًا ضرورة صيانة المال عليه، وإنه مفسد للمال، والقياس قد ترك للضرورة.

وهذا كما أثبتنا للغير عليه ولاية فى حق المال مع كونه مكلفًا، بخلاف القياس صيانة للمال عليه، وهذه الضرورة معدومة فى حق العبد والصبى؛ لأنهما حافظان للمال، ولو كان العبد مفسدًا للمال، والصبى كذلك، نقول: بأن التخصيص يكون معتبرًا، كذا ههنا.

١٨٨٠٦- قال: ولو أن قاضيًا حجر على فاسد يستحق الحجر، ثم رفع ذلك الحجر إلى قاضٍ آخر، فأطلق عنه الحجر، وأجاز ما كان باع واشترى، ولم يرَ حجر الأوّل شيئًا، فأجاز ما صنع كله، كان ذلك جائزًا؛ لأن قضاء الأول بالحجر كان فتوى، وليس قضاء على الحقيقة؛ لأن القضاء لا بد له من الخصومة، ومن مقضيّ عليه ومن مقضى له، ولم يوجد ذلك حالة الحجر، فكان فتوى.

وبمجرد الفتوى لا يصير المختلف فيه متفقًا عليه، فكان للثانى أن يقضى بخلافه بعد هذا، لو رفع إلى قاضٍ ثالث، فإنه ينفذ قضاء الثانى؛ لأنه قضى فى فصل مجتهد فيه، فينفذ بالإجماع.

وإنما قلنا: قضى؛ لأنه بعد التصرفات وجدت الخصومة، والمقضيّ له والمقضيّ عليه، هذا إذا أجاز الثانى تصرفاته.

وأما إذا أبطلها الثانى، ثم رفع إلى ثالث، فأجازها، ثم رفع إلى الرابع، فإن الرابع يمضى قضاء الثانى بإبطال التصرفات وبالحجر عليه، ويبطل قضاء الثالث بالإجازة بعد ذلك، وذلك لأن الثانى لما قضى بالإبطال، فقد قضى فى فصل مختلف فيه بعد وجود الخصومة، والمقضى عليه، والمقضى له، فينفذ قضاءه بالإجماع، فيصير

متفقًا عليه .

والثالث : إذا قضى بالإجازة بعد ذلك لم يصحّ قضاءه؛ لأنه قضى بخلاف الإجماع لاينفذ، فلهذا قيل : بأن الرابع ينفذ قضاء الثانى، ويبطل قضاء الثالث -والله أعلم- .

١٨٨٠٧- وفى "المنتقى" : قال : وإذا دفع الوصى إلى الوارث ماله حين أدركه، وهو فاسد ممن يحجر عليه، كان دفعه جائزًا، وهو يبرأ عن الضمان .

المعلى عن أبى يوسف رحمه الله : فى الذى لا يؤنس منه الرشد، لا يدفع إليه ماله إلى خمس وعشرين سنة مثل قول أبى حنيفة رحمه الله .

١٨٨٠٨- ابن سماعة عن محمد رحمه الله فى "نوادره" : إذا أحبس[1] الرجل فى الدين، ينبغى للقاضى أن يشهد أنه قد حجر عليه فى ماله، حتى يقضى دينه الذى حبس به، إذا طلب ذلك خصمه، ولا أجعل له أن يتصدق بماله، أو يبيعه، ولا يقضى دينه، فأحول بينه وبين ذلك، ولا يجوز إقراره بشىء من ذلك إلا أن يعاين الشهود البيع والشراء والقبض، ويكون فى ذلك بمنزلة المريض الذى عليه دين الصحة .

وأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : فلا يحجران على الذى حبس فى الدين، قال أبو الفضل رحمه الله : وقول أبى يوسف رحمه الله هذا خلاف المشهور .

١٨٨٠٩- وعنه فى "الأصل" : إبراهيم عن محمد رحمه الله : إذا باع المفسد ماله بعد الحجر، قال أبو يوسف رحمه الله : لا يجوز وإن باع بمثل القيمة، وفى قول : إذا باع بمثل القيمة، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه جاز، وإن باع بأقل مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، رد البيع، وأقول للمشترى : أدّ القيمة وحده، فإن لم تفعل نقضت البيع مثل بيع المريض .

١٨٨١٠- هشام عن محمد رحمه الله : فى السفيه المحجور إذا زوّج ابنته الصغيرة، أو أخته الصغيرة لم يجز، قال : سألت محمدًا رحمه الله عمن لم يؤنس منه رشده فلم يحجر عليه، وماله فى يده، فباعه فأخبرنى أن أبا يوسف رحمه الله، قال : البيع باطل، وكذلك قول محمد رحمه الله -والله أعلم- .

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيرها : حبس .



كتاب المأذون

هذا الكتاب يشتمل على خمسة وعشرين فصلا :

الفصل الأول : فى شرعية إذن العبد فى التجارة، وبيان الشرط وحكمه .

الفصل الثانى : فيما يكون إذنًا فى التجارة وما لا يكون .

الفصل الثالث : فى بيان اشتراط الإذن من المولى ، وما كان بجواز[1] شراء العبد .

الفصل الرابع : فى بيان ما يملكه العبد المأذون له وما لا يمكه .

الفصل الخامس : فى العبد المأذون يلحقه دين ، فيطلب الغرماء من القاضى بيعه .

الفصل السادس : فى تصرّف المولى فى العبد المأذون المديون من البيع والإعتاق والتدبير وأشباهها .

الفصل السابع : فى العبد بين رجلين يأذن له أحدهما فى التجارة .

الفصل الثامن : فى إقرار العبد المأذون والمحجور ، وفى إقرار مولاه وهو أنواع .

الفصل التاسع : فى بيع المأذون له شيئًا من إكسابه من المولى ، أو من الأجنبى بمثل القيمة ، أو بالمحاباة .

الفصل العاشر : فى شراء العبد المحجور وبيعه ، وإجازة المولى تصرّفه ، وإذن المولى له فى التجارة بعد ذلك .

الفصل الحادى عشر : فى الاختلاف الواقع بين العبد المأذون له ، وبين مولاه فيما فى يد العبد وغيره .

الفصل الثانى عشر : فى الرجل يدفع إلى عبده مالا ليشترى به ، ويأذن له فى التجارة .

الفصل الثالث عشر : فى الخصومات التى تقع بعد حجر المولى على المأذون له .

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيرها : لجواز .

الفصل الأول

فى بيان شرعية إذن العبد فى التجارة وفى بيان شرائط جوازه وحكمه

١٨٨١١ - أما بيان شرعيته فنقول: شرعيته استفيدت من قوله تعالى: ﴿وَابتَغُوا مِن فَضلِ الله﴾[١]، وإذن العبد فى التجارة طريق[٢] ابتغاء فضله.

وروى أنه كان للعباس بن عبد المطلب عشرين عبدًا، كل عبد منهم يتّجر بعشرة آلاف، ولم يرو أن رسول الله ﷺ، ولا واحدًا من أصحابه أنكر عليه ذلك.

وأما بيان شرط جوازه: فنقول: شرط جوازه من جهة الآذن أن يكون الآذن ممن له ولاية على المأذون فيما يأذن له، ومن جهة المأذون أن يكون عاقلا لما يؤذن له.

وأما بيان حكمه: فنقول: حكمه شرعًا عندنا فكّ الحجر الثابت بالرق شرعًا عمّا يتناوله الإذن لا الإنابة والتوكيل؛ لأن حكم الشىء ما يثبت به، والثابت بالإذن فى التجارة منع الحجر عن التجارة، ثم العبد بعد ذلك يتصرّف بحكم مالكيته الأصلية، وهذا الذى ذكرنا مذهبنا، وقال الشافعى رحمه الله: حكم الإذن الإنابة والتوكيل.

١٨٨١٢ - وثمرة الاختلاف تظهر فى مسائل:

منها: أن الإذن بالتجارة لا يتخصّص بنوع دون نوع عندنا، بل يثبت فى الأنواع كلها، وكذلك لا يتخصّص بمكان دون مكان عندنا، بل يثبت فى الأماكن كلها.

وكذلك لا يتخصص بزمان دون زمان عندنا، بل يثبت فى الأزمنة كلها بناء على ما قلنا: إن الإذن فكّ الحجر عن التجارة عندنا، وتصرف العبد بعد ذلك بحكم مالكيته الأصلية، وإنها عامة لا تختصّ بنوع ومكان ووقت.

وعند الشافعى تتخصص بالنوع والمكان والوقت، بناء على أن عنده حكم الإذن الإنابة والتوكيل، وذلك يتخصّص بالنوع والمكان والوقت، وإنما جعلنا حكم إذن العبد

---

(١) سورة الجمعة: الآية١٠.

(٢) وفى الأصل: بطريق.

فى التجارة ما قلنا؛ لأن تصرفات العبد تبنى على الشراء؛ لأن أول تصرف يباشره العبد بعد الإذن فى التجارة الشراء؛ لأنه لا مال للعبد حتى يبيع، والعبد فى الشراء يتّجر لنفسه، لا للمولى بدليل الحكم والمعقول.

أما الحكم إجماعنا على أنه لا عهدة على المولى، حتى إنه إذا ألحق[1] العبد ديون كثيرة لاتفى بها رقبة العبد وكسبه، فالمولى لا يؤاخذ بالزيادة، وإنما يؤاخذ بها العبد بعد العتق.

١٨٨١٣- ولو كان العبد مشتريًا للمولى كانت العهدة على المولى كما فى الوكيل والمضارب، وأما المعقول وهو أن العبد بالشراء يتصرّف فى خالص حقّه وذمته بإيجاب الثمن فيها، فإن الثمن يجب فى ذمة العبد حتى كان العبد هو المطالب بالثمن، بحيث لو امتنع عن الأداء فى الحال يحبس، وذمته خالص حقه، ولهذا لو أقر على نفسه بالدين صح، وإن كذبه المولى، وإذا ثبت أن محل حكم الشرى خالص حق العبد، كان الشراء حقًا للعبد.

توضيح: ما ذكرنا أن العبد بحكم الشراء لما كان يتصرّف فى ذمته بإيجاب الثمن فيها، فنقول: ما يخلو إما أن يقال: هذه الولاية كانت ثابتة للعبد بأصل الخلقة لمعنى فيه، أو يقال: استفاد هذه الولاية بإذن من جهة المولى، والقسم الثانى باطل، إذ لم يكن للمولى ولاية إيجاب الثمن فى ذمة العبد.

ألا ترى أن المولى لو اشترى شيئًا على أن يكون الثمن فى ذمة العبد لا يجوز، وإذا لم يكن للمولى ولاية إيجاب الثمن فى ذمة العبد، كيف ثبت للعبد هذه الولاية فى جهته، فعلم أن هذه الولاية ثبت للعبد بأصل الخلقة كرامة من الله تعالى بأن جعله أهلا لذلك كان ينبغى أن ينفذ شراءه قبل إذن المولى صريحًا إلا أنه إنما لا ينفذ؛ لأن الدين لا يجب فى ذمة العبد إلا شاغلا لمالية رقبته، وذلك حق المولى، فيشترط إذن المولى لإسقاط حقه عن مالية الرقبة و الرضا بصرفها[2] إلى الدين.

وفى حق هذ المعنى لا يفترق الحال بين نوع ونوع، فالتقييد بنوع غير مفيد فى

---

(١) هكذا فى "ظ" و "م"، وكان فى الأصل و "ف": لحق.

(٢) هكذا فى "ظ" و "م"، وكان فى الأصل: يصرف، و "ف": تصرف.

حقه، فلايعتبر، فصار كالمستأجر إذا رضى ببيع المستأجر من زيد دون عمرو، وكان البائع إذا سلم المبيع إلى المشترى ليتصرف فيه بنوع دون نوع لا يعتبر هذا التقييد منهما؛ لأنه لا يقيد فى حقهما، كذا ههنا.

والمحققون من مشايخنا قالوا: اشتراط الإذن صريحًا من المولى ما كان شرطًا لجواز الشراء، فإن الشراء جائز بدونه؛ لأن العبد مكلف، والالتزام منه صحيح، وإنما شرط الإذن منه دفعًا للضرر عنه لصيرورة رقبة العبد، وكسبه مشغولا بالدين.

ألا ترى أن تصرف العبد قبل الإذن إذا وقع نافعًا فى حق المولى، ولم يقع ضارًا فى حق المولى ينفذ على المولى، وسيأتى بيانه بعد هذا فى فصل على حدة.

١٨٨١٤- وعن هذا قلنا: إن العبد المحجور إذا آجر نفسه، وسلم من العمل تنفذ الإجارة فى حق المولى استحسانًا، ويجب على المستأجر المسمّى.

والحاصل أن الحجر إنما يظهر فى التصرّفات الضارّة والدائرة بين النفع والضرر، لا فى حق التصرفات النافعة، ففى حق التصرفات النافعة المحجور والمأذون سواء، فثبت أن اشتراط الإذن من المولى؛ لما قلنا، لا لجواز الشراء، والتقريب ما ذكرنا.

١٨٨١٥- ثم الإذن بالتصرّف إنما لا يتخصّص عندنا إذا صادف الإذن عبدًا محجورًا، أمّا إذا صادف عبدًا مأذونًا يتخصّص حتى إن المولى إذا أذن لعبده فى التجارة، ثم دفع إليه مالا، وقال: اشتر لى به طعامًا، فاشترى العبد به الرقيق[1]، يصير مشتريًا لنفسه نصّ عليه محمد رحمه الله فى كتاب المأذون فى الباب الذى أذن له مولاه فى التجارة، ثم يدفع إليه مالا ليعمل به، وهذا لأن الإذن فى التجارة عندنا إنما لا يقبل[2] التخصيص إذا صادف المحجور؛ لأن الإذن فك الحجر، وتصرف العبد بعد[3] ذلك بحكم المالكية الأصلية، وإنها عامة، وهذا المعنى لا يتأتى إذا صادف الإذن المأذون؛ لأنه صار منفكّ الحجر بالإذن السابق، فجعل هذا الإذن توكيلا، وقد خالف موكله حين اشترى ما لم يوكله به، والوكيل بالشراء إذا خالف موكله ينفذ شراءه عليه، إذا كان من

---

(١) هكذا فى "ظ" و"ف" و"م"، وفى الأصل: الدقيق.

(٢) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيرها: يقبل.

(٣) زيد من "ف" و"م".

أهل أن ينفذ شراءه عليه، والمأذون من أهل الشراء لنفسه، فينفذ شراءه عليه، وكان الثمن على المأذون، ينقد من مال نفسه دون مال مولاه مع هذا، لو نقد من مال مولاه ليس للمولى أن يتبعه، وإن استهلك مال المولى؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده دينًا، ولكن يتبع البائع ويأخذه؛ لأنه أخذ ماله بغير حق.

الفصل الثانى
فيما يكون إذنًا فى التجارة وما لا يكون

١٨٨١٦- يجب أن يعلم بأن الإذن نوعان: أحدهما: يثبت صريحًا، والآخر: دلالة، فنبدأ ببيان الصريح.

١٨٨١٧- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": إذا قال الرجل لعبده: أذنت لك فى التجارة يصير مأذونًا فى التجارات كلها، وهذا بلا خلاف؛ لأن المولى أدخل اللام فى التجارة، وإنه يفيد استغراق الجنس إذا لم يكن ثمة معهود، وصار تقدير المسألة كأنه قال له: أذنت لك فى التجارات كلها، ولو صرح بذلك يصير مأذونًا فى التجارات كلها بلا خلاف، وإنما الخلاف بيننا وبين الشافعى رحمه الله فيما إذا أذن له فى التجارة فى نوع.

ولو قال للعبد: اقعد قصّارًا، أو خيّاطًا، أو صبّاغًا، صار مأذونًا فى التجارة كلها.

وكذلك إذا قال: أذنت لك بالتجارات فى البحر يصير مأذونًا فى التجارات كلها، وهذا مذهبنا بناء على قلنا.

ولو قال لعبده: اشتر لى ثوبًا للكسوة، فالقياس: أن يصير مأذونًا فى التجارة، وفى الاستحسان: لا يصير مأذونًا، وكذا إذا أمره أن يشترى له لحمًا للأكل، أو خبزًا، أو بقلا، وما أشبهها لا يصير مأذونًا فى التجارة استحسانًا، ويعتبر هذا الإذن استخدامًا على جواب الاستحسان لا إذنًا فى التجارة.

١٨٨١٨- والحاصل أن الإذن بالتصرف فى بعض الصور يعتبر إذنًا فى التجارة، وفى بعض الصور كان لا يعتبر إذنًا للتجارة، بل يعتبر استخدامًا للضرورة، وبيان تلك الضرورة أن الإذن بالتصرف فى جميع الصور، لو اعتبر إذنًا فى التجارة، لضاق الأمر على الناس، فإنهم يمتنعون عن استخدام العبيد فى شراء الأشياء التى يحتاجون إلى

استعمال العبيد فى شراءها، فإن كل من علم أنه لو أذن للمملوك فى شراء خبز، أو بقل بفلس، أو ما أشبهه، يصير مأذونًا فى التجارة، ويصح إقراره على نفسه بديون التجارة بحيث يتوى ذلك رقبته وكسبه يمتنع عن استخدام مملوكه فى ذلك.

واستعمال المماليك فى الاستخدام فيما بين الناس مقصود كاستعمالهم إياهم فى التجارة، فيفوت عليهم مقاصدهم لو جعل الإذن بالتصرف إذنًا بالشرى فى جميع الصور، وفيه من الحرج ما لا يخفى، فلهذه الضرورة جعلنا الإذن بالتصرف فى بعض الصور إذنًا بالتجارة، وفى بعض الصور جعلناه استخدامًا.

والفاصل بينهما أنه إذا أذن له بعقود متكررة مرة بعد أخرى، يعلم أن مراده الربح يجعل ذلك إذنًا بالتجارة، وإذا أذن له بعقد واحد، يعلم أنه ليس مراده الربح لا يجعل ذلك إذنًا فى التجارة، بل يعتبر[1] استخدامًا عرفًا وعادةً.

١٨٨١٩- وإذا ثبت هذا، فنقول: إذا أمره أن يشترى له ثوبًا للكسوة، فقد أمره بعقد واحد، فلايعتبر هذا إذنًا فى التجارة، بل يعتبر استخدامًا حتى لو قال له: اشتر لى ثوبًا وبعه، يصير مأذونًا فى التجارة؛ لأنه أمره بعقود متفرقة، وعلى هذا إذا قال له: بع ثوبى هذا لا يصير مأذونًا فى التجارة، ولو قال له: بع ثوبى هذا، واشتر بثمنه كذا، يصير مأذونًا فى التجارة، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

وعن هذا الأصل قلنا: إذا قال لعبده: اذهب إلى فلان، وآجر نفسك منه فى عمل كذا، لا يصير مأذونًا فى التجارة؛ لأنه أمره بعقد واحد، ولو قال: آجر نفسك من الناس فى عمل كذا، يصير مأذونًا فى التجارة؛ لأنه أمره بعقود متكررة.

وعن هذا قلنا أيضًا: إن فى قوله: اقعد قصّارًا، أو صبّاغًا، أو خيّاطًا، يصير مأذونًا فى التجارة؛ لأنه لم يعيّن من يعامل معه، فيكون أمرًا بالمعاملة مع الناس، فيكون أمرًا بعقود متفرقة.

وفى "النوادر": جعل مسألة الإجارة على ثلاثة أوجه: إما أن قال: آجر نفسك من فلان للخدمة، وفى هذا الوجه، لا يصير مأذونًا فى التجارة؛ لأنه لو صار مأذونًا فى التجارة، إما أن يصير مأذونًا بقوله: آجر نفسك من فلان، ولا وجه إليه؛ لما قلنا.

---

(١) وكان فى الأصل فقط: يقتصر.

وإما أن يصير مأذونًا بقوله: للخدمة، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأن الخدمة ليست بتجارة، وإما أن يقول له: آجر نفسك من فلان ليتّجر له، وفى هذا الوجه يصير مأذونًا فى التجارة؛ لأنه فوّض إليه عقودًا متكررة.

وإما أن يقول له: آجر نفسك من فلان، ولم يزد على هذا، وفى هذا الوجه لا يصير مأذونًا فى التجارة؛ لأنه فوض إليه عقدًا واحدًا، ولم يذكر فى مسألة الإجارة أنه لو قال له: آجر نفسك فى عمل كذا، ولم يعين أحدًا، وينبغى أن يصير مأذونًا له فى التجارة على قياس قوله: اقعد قصّارًا، أو صبّاغًا.

١٨٨٢٠- وإذا دفع الرجل إلى عبده مالا، وأمره أن يشترى له طعامًا، فقد ذكر هذه المسألة فى المأذون فى الموضعين، فذكر فى أحد الموضعين أنه يصير مأذونًا، وذكر فى الموضع الآخر أنه لا يصير مأذونًا.

قال مشايخنا: تأويل ما ذكر أنه يصير مأذونًا أن يكون المال كثيرًا بحيث لا يتهيأ له الشراء به بمرة واحدة، ويحتاج فى ذلك إلى مرات، حتى يكون المفوّض إليه عقودًا متفرقة، وتأويل ما ذكر أنه لا يصير مأذونًا أن يكون المال قليلا، بحيث يتهيّأ له الشراء به بمرة واحدة، حتى يكون المفوض إليه عقد واحد، وإليه أشار محمد رحمه الله فى الكتاب، فإنه نصّ على المال العظيم فى الموضع الذى قال: يصير مأذونًا فى التجارة.

١٨٨٢١- وإذا دفع إلى عبده أرضًا بيضاء، وأمره أن يشترى طعامًا يزرعه فيها، ويستأجر الأجراء، فيكرون أنهارها، ويسقون زرعها، ويؤدّى خراجها، فهذا إذن له فى التجارة؛ لأنه فوّض إليه عقودًا متفرقة من التجارة، وهو شراء الطعام واستئجار الأجير، والسعى والكرى وغير ذلك.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا قال لعبده: بع ثوبى هذا لأجل الربح والنماء، أو قال: على وجه الربح والنماء، فهذا دليل الإذن فى التجارة؛ لأنه فوض إليه عقودًا معنى؛ لأن الربح والنماء، إنما يتحقق بيعه، ثم بالشرى بثمنه، بخلاف ما إذا قال: بع ثوبى من فلان، ولم يقل: على وجه النماء والزيادة.

وإذا قال له: أدّ إلى غلة كل شهر خمسة دراهم، فهذا إذن له فى التجارة؛ لأنه أمره بأداء الغلة كل شهر، ولا يتهيّأ له ذلك إلا بالكسب، وصار كأنه قال: اكتسب، وأدّ

إلى الغلة كل شهر، ولو قال ذلك: أليس أنه يصير مأذونًا فى التجارة؛ لأن فى التجارة اكتساب المال، بل هى الأصل فى اكتساب المال، كذا ههنا.

وكذلك إذا قال لعبده: إذا أديت إلى ألف درهم، فأنت حرّ، يصير مأذونًا له فى التجارة؛ لما قلنا.

وكذلك إذا قال له: ضربت عليك كل شهر بكذا، أو قال: كل جمعة كذا حتى تؤديها إلىّ، يصير مأذونًا له فى التجارة؛ لما قلنا.

وإذا دفع إلى عبده راوية، أو حماراً ليسقى له ولعياله، ولجيرانه بغير ثمن، فهذا ليس بإذن فى التجارة.

وكذلك لو أن طحّانًا دفع إلى غلامه حماراً لينقل طعامًا إليه ليطحنه، فهذا ليس بإذن فى التجارة.

ولو دفع إليه راوية أو حمار، أو قال له: استقِ على هذا الحمار وبعه، كان إذنًا فى التجارة؛ لأنه لم يأمره بالبيع من شخص بعينه، فكان أمرًا بالبيع من الناس، فيكون أمرًا بعقود مختلفة.

وكذلك لو دفع إليه حماراً، وأمره أن يتقبل الطعام من الناس بأجر، وينقل إليه، كان إذنًا فى التجارة؛ لأنه لما قال: من الناس، فقد أمره بعقود متفرقة، وكذلك إذا لم يقل من الناس، ولم يعيّن شخصًا، فهو إذن فى التجارة؛ لأنه لما لم يعيّن شخصًا، كان إذنًا بالتقبل من جميع الناس، فيكون إذنًا بعقود متفرقة.

جئنا إلى بيان النوع الثانى، وهو الإذن دلالة.

١٨٨٢٢- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": وإذا نظر الرجل إلى عبده، وهو يبيع ويشترى، فلم ينهَه عن ذلك يصير العبد مأذونًا له فى التجارة عند علمائنا الثلاثة، خلافًا لزفر رحمه الله والشافعى رحمه الله.

حجتهما فى ذلك أن السكوت محتمل بين أن يكون عن رضا وبين أن يكون عن سخط، وعلى أحد التقديرين لا يثبت به الإذن، وهو أن يكون عن سخط، فلا يثبت به الإذن بالشك، وبهذا الطريق إذا رأى أجنبيًا يبيع عينًا من أعيان ماله، فسكت لا يصير

مأذونًا ببيع ذلك العين .

وكذلك المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن ، فسكت ولم ينهَه عن البيع ، لا يصير إذنًا له فى البيع .

وكذلك إذا رأى عبده يتزوج ، أو أمته تزوج نفسها ، فسكت ولم ينهَهما عن ذلك ، لايكون إذنًا لهما فى النكاح ، وطريقه ما قلنا : كان القياس فى البكر إذا زوّجها وليها ، فسكت أن لا يجعل سكوتها إذنًا لها ، لكن عرفنا ذلك بالنصّ .

١٨٨٢٣- ولعلماءنا الثلاثة أن السكوت وإن كان محتملا إلا أنا رجّحنا جانب الرضا فيه على جانب السخط ، وأثبتنا الإذن به ؛ لأنه فى ترجيح جانب الرضا ، وإثبات الإذن به دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى ، وإنه أصل من أصول الشرع .

بيانه أن فى إثبات الإذن إلحاق ضرر موهوم بالمولى ، بأن يهلك المشترى ، فيجب إنهاء الثمن من رقبته ، فأما إذا بقى المشترى على حالة ، فلا ضرر على المولى ؛ لأنه يباع ذلك ، ويقضى دين العبد .

وهلاك المشترى موهوم ، وفى إبقاء الحجر وعدم إثبات الإذن إلحاق ضرر موهوم بأن يعامل مع العبد ، بأن يهلك المشترى فى يد العبد ، فيتأخر حق من عامل معه إلى ما بعد العتق ، فأما ما دام المشترى قائمًا ، فلا ضرر على من عامل معه ؛ لأنه يتمكن من أخذ المشترى ؛ لأن شراء المحجور موقوف على إجازة المولى ، ولكل واحد من المتعاقدين فسخ العقد الموقوف ، واسترداد المعقود عليه ، فإذا ضرر كل واحد منهما على المولى فى إثبات الإذن ، والذى عامل مع العبد فى إبقاء الحجر على تقدير الهلاك ، والهلاك موهوم ، فكان ضرر كل واحد منهما موهومًا إلا أن ما يلحق العامل مع العبد من الضرر فى إبقاء الحجر أعلى ؛ لأنه لا يحصل له بإزاء الضرر عوض ، وما يلحق المولى من الضرر أدنى ؛ لأنه يحصل له بإزاء الضرر عوض ؛ لأن العبد بسبب الإذن يتّجر ، فيحصل الربح ، ولأجل الربح شرع الإذن فى التجارة ، ولاشك أن الضرر الذى يكون بإزاءه عوض أدنى من الضرر الذى لا يكون بإزاءه عوض ، فهو معنى قولنا : إن فى إثبات الإذن دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى ، وهو نظير ما قلنا فى الشفيع : إذا رأى المشترى يبيع الدار المشفوعة ، وكان ذلك بعد تأكد حقه ، فسكت جعل ذلك منه رضا ببطلان الشفعة ؛ لأن فى إثبات الرضا دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى .

بيانه إذا أثبتنا الرضا، وأبطلنا شفعة الشفيع، فقد أبطلنا عن الشفيع حق التملك، ولو لم يثبت الرضا، وبقى الشفيع على حقه، فالشفيع ينقض بيع المشترى، فيبطل ملك المشترى عن الثمن حقيقة، وإبطال حق الملك فى الضرر دون إبطال حقيقة الملك، فترجح جانب إثبات الإذن؛ لما فيه من دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى، كذا ههنا.

وأمّا إذا رأى أجنبيًا يبيع شيئًا من ماله فسكت، إنما لم يترجح جانب إثبات الإذن؛ لأن هناك ما يلحق المولى من الضرر بإثبات الإذن أعلى؛ لأن ضرر المولى متيقن، فإنه يزول ملكه عن العين فى الحال، وزوال ملك الإنسان عن العين، وإن كان بعوض ضرر حتى لم يملك عليه أحد ذلك حالة الاختيار، وما يلحق المشترى من الضرر فى الحجر موهوم، وإن ضرر المشترى فى أن يتصرّف فى المشترى على حسبان أن المالك أجازه، فيصير ضامنًا، وإنه موهوم عسى يتصرّف المشترى، وعسى لا يتصرف.

وأما المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن، قلنا: لو لم يثبت الإذن حتى أبطل المرتهن البيع، يبطل ملك الراهن عن الثمن ملكًا موقوفًا، فإن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية.

ولو أثبتنا الإجارة على المرتهن، أبطلنا ملك اليد ملكًا باتًا، وعسى لا يصل إلى دينه من محل آخر، فكان ضرر المرتهن أقوى.

وأما إذا رأى عبده يتزوج، فسكت قلنا: لو ثبت الإذن، تتضرّر المرأة بزوال ملكها عن منافع بضعها للحال، وإنها فى حكم العين، ولو لم يثبت الإذن يتضرر العبد ضررًا موهومًا، فإن ضرر العبد فى أن يدخل بها حسبان أن المالك أجازه، وإنه موهوم، فكان الترجيح لجانب المرأة.

وإذا رأى عبده يبيع عينًا من أعيان ماله، فسكت، يصير مأذونًا له فى التجارة، ولكن لايجوز بيعه مال المولى، أما صيرورته مأذونًا فى التجارة، فلما ذكرنا فى أصل النكتة.

وأما لا يجوز بيعه مال المولى؛ لما ذكرنا فيما إذا رأى أجنبيًا يبيع عينًا من أعيان ماله فسكت.

١٨٨٢٤- قال محمد رحمه الله: وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم،

يشترى شيئًا بالخمر أو بالخنزير، فسكت، يصير العبد مأذونًا فى التجارة وإن كان لا يجوز هذا الشراء، كذا هنا.

وكذلك إذا دفع رجل إلى رجل متاعًا، وأمره أن يبيعه، فرأى مولى العبد العبد يبيعه، ولم ينهَه يصير العبد مأذونًا بسكوت المولى، ويجوز بيع المتاع، لا بسكوت المولى، بل بأمر صاحب المتاع، ثم فى هذه الصورة العهدة تكون على العبد، أو على صاحب المتاع، اختلف المشايخ فيه.

قال بعضهم: يجب على صاحب المتاع؛ لأن العبد إنما يصير مأذونًا بعد فراغه من البيع، والمولى ساكت، فيكون محجوراً وقت مباشرة البيع، والعهدة فى بيع المحجور لاترجع إلى المحجور، إنما ترجع إلى من وقع البيع له، وبعضهم قالوا: العهدة على العبد؛ لأنه متى صنع ما يصنعه المأذون من عرض المتاع على البيع، والمولى رآه، ولم ينهَه صار مأذونًا، فالبيع يكون من المأذون، والعهدة فى بيع المأذون على المأذون.

وإذا رآه يبيع بيعًا فاسدًا، فلم ينهَه، فهو إذن، كما رآه يبيع بيعًا صحيحًا، فلم ينهَه.

وإذا غصب العبد متاعًا من رجل، وأمره مولاه يبيعه فباعه، كان هذا إذنًا له فى التجارة، وكان ينبغى أن لا يكون إذنًا له؛ لأنه أمره بعقد واحد.

فالجواب: أن الأمر بعقد واحد إنما لا يجعل إذنًا، إذا أمكن أن يجعل استخدامًا، أمّا إذا لم يمكن[1] جعله استخدامًا يجعل إذنًا، وهذا لأن قضية القياس أن يجعل إذنًا له؛ لأنه أذن بصريحه، وإنما لا يجعل إذنًا فى موضع يمكن أن يجعل استخدامًا، وهنا لا يمكن أن يجعل استخدامًا للمولى، وهذا ظاهر، ولا لصاحب المتاع؛ لأنه لم يعمل له، فيردّ إلى لما يقتضيه القياس.

وإذا رأى عبده يشترى بماله يعنى بمال المولى، فلم ينهَه، فهذا من المولى إذن له فى التجارة، وما اشتراه العبد، فهو لازم له، وللمولى أن يستردّ ماله؛ لأن السكوت يجعل إذنًا دلالة، فلا يربو على الإذن صريحًا، ولو أذن له فى التجارة صريحًا، فاشترى ونقد مال المولى، كان للمولى أن يستردّه، كذا ههنا.

(١) هكذا فى "م"، كان فى "ظ": لم يكنه.

ثم إذا استرد المولى ماله، إن كان ماله دراهم أو دنانير لا ينتقض البيع؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعيّنان في العقود، والاستحقاق ما ورد على ما وقع عليه العقد، إنما ورد على ما وقع به القضاء، فيوجب انتقاض القضاء لا انتقاض العقد، وإن كان ماله عرضًا، أو مكيلا، أو موزونًا، ينتقض البيع؛ لأن هذه الأشياء تتعين في العقود، فالاستحقاق ورد على ما وقع عليه العقد، فيوجب انتقاض العقد.

ومما يتّصل بهذا الفصل:

١٨٨٢٥- ويجوز إضافة الإذن إلى وقت في المستقبل، وكذا يجوز تعليقه بالشرط، والوكالة نظير الإذن، يجوز إضافتها إلى وقت في المستقبل، ويجوز تعليقها بالشروط والأخطار، ولايجوز تعليق الحجر بالشروط والإضافة إلى وقت في المستقبل، وكذا العزل لا يصح تعليقه بالشرط، ولا إضافته إلى وقت في المستقبل.

والفرق وهو أن الإذن إطلاق، وإخراج عن الحجر، وفيه معنى إسقاط حقه عن مالية رقبته، فكان نظير الطلاق والعتاق، والطلاق والعتاق يحتملان التعليق بالشرط والإضافة إلى وقت في المستقبل.

فأما الحجر والعزل من باب التقييد؛ لأنه رفع الإطلاق، وهو في المعنى إحراز المالية رقبة حتى لا تصير مستهلكة عليه بما لحقه من الديون بعد ذلك، فيكون في معنى التمليك، والتمليك لا يحتمل التعليق ولا الإضافة إلى وقت في المستقبل، أو نقول: نعتبر الحجر والعزل بالرجعة والنكاح من حيث إن في كل واحد منهم تقييد، وحجر عن الإطلاق، والرجعة والنكاح لا يحتملان التعليق بالشرط، والإضافة إلى وقت في المستقبل.

١٨٨٢٦- وإذا أذن لعبده ولم يعلم به العبد، فهذا ليس بإذن؛ لأن الإذن لا يتحقق إلا بالإعلام؛ لأن الإذن مشتقّ من الأذان، وهو الإعلام، قال الله تعالى: ﴿وَأَذَانٌ مِنَ اللهِ وَرَسُولِه﴾[1] أي إعلام، ومنه سمّي الأذان أذانًا؛ لأنه إعلام للناس بدخول وقت الصلاة، والإعلام بدون العلم لا يكون، فرق بين الإذن وبين الإيصاء،

(١) سورة التوبة: الآية٣.

فإن من أوصى إلى إنسان، ومات ولم يعلم الوصى بالإيصاء، فإنه يصير وصيًا حتى لو تصرّف فى التركة، ينفذ تصرّفه، والإيصاء إذن بالتصرف بعد الوفاة، وهذا إذن بالتصرّف حالة الحياة.

١٨٨٢٧- والفرق: وهو أن ولاية الموصى إليه بعد الوفاة معتبرة بولاية الوارث بعد الوفاة؛ لأن الوصية بالمال اعتبرت بالميراث؛ لأن الوصية أخت الميراث فى حق الأحكام من حيث إن كل واحد يثبت بالموت.

ألا ترى أن الموصى له يملك الموصى به، وإن لم يعلم بالوصية، كما أن الوارث يملك التركة، وإن لم يعلم بالإرث والقتل، يحرم القاتل عن الوصية كما يحرم عن الميراث، إذا ثبت أن الوصية بالمال اعتبرت بالميراث من حيث إن كل واحد منهما يثبت بالموت، وكذا ولاية الموصى إليه بعد الوفاة يعتبر بولاية الوارث من حيث إن كل واحد منهما يثبت بالموت، ثم ولاية الوارث تثبت، علم الوارث بها، أو لم يعلم.

ألا ترى أن الجد إذا تصرف فى مال حافدته بعد ما مات الابن، ولم يعلم الجد بموت الابن، نفذ تصرّفه، فكذا ولاية الموصى إليه بعد موت الموصى يثبت، وإن لم يعلم الموصى إليه بها، فأما الإذن لإعلام العبد متعلق بحق من يباع معه برقته، وكسبه فى حال حياة المولى، فيعتبر بإثبات الملك للغير فى رقبته حال حياته بالهبة، وذلك لا يصحّ إذا لم يعلم به الموهوب له، فكذا هذا.

ولو أن المولى أمر قومًا أن يبايعوا عبد فلان، فبايعوه، والعبد لا يعلم بأمر المولى، كان شراء العبد وبيعه منهم جائز[1]، هكذا ذكر فى كتاب المأذون.

وذكر فى "الزيادات": فقال: لو أن رجلا قال لرجل: بع عبدك هذا من ابنى هذا، وهو صغير، فقال الرجل للصغير: بعت منك هذا العبد بألف درهم، وقبل الصغير ذلك، قال: إن علم الصغير بأمر الأب، جاز بيعه من الصغير، وإن لم يعلم بأمر الأب، فإنه لا يجوز بيعه.

وقد ذكر فى كتاب الوكالة: لو أن رجلا قال لآخر: اذهب إلى فلان واشتر منه العبد الذى لى عنده وديعة، قال: إن ذهب هذا الرجل، وأخبر المودع بالوكالة، ثم

(١) وفى "ف" و"م" والأصل: جائزًا.

اشترى منه الوديعة، جاز الشراء وإن لم يعلمه بالوكالة، واشترى العبد الوديعة من المودع، فإنه لا يجوز، هكذا ذكر فى بعض روايات كتاب الوكالة.

وذكر فى بعضها وقال: يجوز علم أو لم يعلم، من مشايخنا من قال: بأن ما ذكر محمد رحمه الله فى "الزيادات"، وبعض رواية كتاب الوكالة جواب القياس، ما ذكر فى المأذون جواب الاستحسان.

ومنهم من قال: المسائل كلها على روايتين: فى رواية: يصير مأذونًا علم أو لم يعلم، وفى رواية: لا يصير مأذونًا ما لم يعلم.

١٨٨٢٨ - والحاصل أن الإذن بالتصرّف إذا ثبت مقصودًا يشترط لصحته علم المأذون، وإذا ثبت ضمنا لغيره، هل يصحّ بدون علم العبد، فهو على القياس، والاستحسان عند بعض المشايخ، وعلى روايتين عند البعض.

وجه الاستحسان: وهو أحد الروايتين أن ما ثبت فى ضمن الشيء يكون تبعًا له، وثبوت التبع بثبوت المتبوع لا يراعى له شرائط نفسه، فإذا صحّ الأمر فى حق الحاضر لعلمه، صح فى حق الغائب تبعًا له، وقد رأينا فى الشرع كثيرًا من الأحكام يثبت تبعًا لغيره، وإن كان لا يثبت مقصودًا بنفسه كعزل الوكيل، وهو غائب لا يثبت مقصودًا، ويثبت ضمنًا لتصرف آخر يحدثه الموكل فيما وكله به، وككتابة العبد الغائب لا يصحّ مقصودًا، ويجوز ضمنًا وتبعًا ككتابة[1] الحاضر وكالبيع لا يصحّ مقصودًا من غير إيجاب وقبول، ويصحّ من غير إيجاب وقبول، إذا ثبت ضمنًا لغيره، وهو العتق كما فى قولهم: أعتق عبدك عنى على ألف درهم.

وجه القياس: وهو إحدى الروايتين: إن أمر الحاضر بالتصرّف مع العبد والصبى لغو فى حق الحاضر؛ لأن الحاضر فى صحة بيعه وشراءه، يستغنى عن أمر الآمر، وإنما احتجّ إلى أمر الآمر بالتصرّف مع العبد والصبيّ ليصيرا مأذونين فى التجارة، وكان الإذن فى حق الصبى والعبد ثابتًا مقصودًا، فيشترط عليهما بصحته.

وإلى هذا ذهب بعض مشايخنا، ومن مشايخنا من قال: لا، بل بين مسألة المأذون، وبين مسألة "الزيادات" والوكالة فرق.

(١) وفى "ظ": لكتابة، وفى "م": ولكتابة.

ووجه الفرق : وهو أن إذن الصبى فى مسألة "الزيادات" توكيل، وليس بإذن فى التجارة؛ لأنه فوّض إليه عقدًا واحدًا، وقد ذكرنا فى أول هذا الكتاب : أنه بتفويض عقد واحد لا يثبت الإذن فى التجارة، كما لو قال لعبده : بع عبدى من فلان، أو اشتر لى منه عبدًا، وإذا لم يكن إذنًا كان توكيلا، ومسألة الوكالة لا شك أنه توكيل للمودع بالبيع، وإذا كان توكيلا لا إذنًا لا يصحّ ما لم يعلم الوكيل بالإذن، ثبت الإذن مقصودًا أو ضمنًا لغيره لضيق أمر الوكالة، فإنها ثبتت على الضيق حتى لم يثبت بالسكوت، ولم يجعل التوكيل فى نوع توكلا فى الأنواع كلها.

فأما فى مسألة المأذون قال : بايعوا عبدى، وهذا إذن لا توكيل؛ لأنه فوّض إلى العبد عقودًا متكررة، ومبنى الإذن على السهولة والسعة، حتى يثبت بالسكوت والإذن فى نوع جعل إذنًا فى الأنواع كلها، فلسعة الإذن جعل العبد مأذونًا متى ثبت الإذن ضمنًا لغيره، علم العبد بذلك، أو لم يعلم، ومتى كان مقصودًا بالإذن لم يجعله مأذونًا ما لم يعلم ليظهر بيعه حال الإذن، وفى الوكالة لضيق حالها لم يجعل الوكيل وكيلا فى الحالين.

١٨٨٢٩ - وِوزان مسألة الصبى من مسألة العبد أن لو قال الأب لقوم : بايعوا ابنى الصغير ، وهناك يصير الابن مأذونًا، علم الصبى بأمر الأب أو لم يعلم.

وزان مسألة العبد من مسألة الصبى ما إذا قال المولى لرجل : بع عبدك هذا من عبدى، وهناك إن علم العبد بأمر المولى، يصير مأذونًا بشراء العبد، وإذا اشتراه يصحّ، وإن لم يعلم بإذن المولى لا يعتبر مأذونًا، وإذا اشتراه لا يصحّ، كما فى مسألة الصبى، فإذا لا فرق بين المسألتين.

فرع على ما إذا قال المولى لقوم : بايعوا عبدى فلانًا، فبايعوه، كان للعبد أن يبايع غيرهم؛ لأن العبد صار مأذونًا لما بايع معه القوم الذين أمرهم المولى بالمبايعة معه، والإذن لايتجزأ، فإذا ثبت فى حق البعض ثبت فى حق الكل.

ولو أن ذلك القوم لم يبايعوه، إنما بايعه قوم آخرون لا تصح مبايعتهم، ولا يصير العبد مأذونًا؛ لأن الإذن يثبت فى ضمن مبايعة القوم الذين أمرهم، فلا يثبت الإذن قبل مبايعة ذلك القوم إياه.

الفصل الثالث
فى بيان اشتراط الإذن من المولى
وما كان لجواز شراء العبد على ما مرّ تقريره فى آخر الفصل

١٨٨٣٠ - قال محمد رحمه الله فى المأذون الكبير: إذا اشترى العبد المحجور عليه من رجل عبدًا بألف درهم، وقيمته ألف درهم، وقبض العبد، ثم باعه بثمنه، فاشترى بالثمن شيئًا آخر، وربح مالا، فصار فى يده ألف درهم، ثم حضر خصمه الذى باع العبد منه، وأراد أن يأخذ مما فى يده ثمن عبده، فهذا على وجوه ثلاثة: إن علم أن فى يد المحجور عليه ثمن عبده الذى باعه فلان يأخذه مما فى يده مقدار ثمن العبد، والباقى يكون للمولى استحسانًا، والقياس أن ليس له ذلك.

وجه القياس: أنه إنما يكون له ذلك إذا جاز بيعه من العبد المحجور، وشراءه موقوف على إجازة المولى.

وجه الاستحسان: أن شراء المحجور فى هذه الصورة جائز على المولى، والحجر غير ظاهر فى حق مثل هذا التصرّف.

وبيانه: أن الحجر إنما يظهر فى حق المضارّ، لا فى حق المنافع، وهذا التصرّف نافع فى حق المولى، وليس بضارّ؛ لأنه يحصل له الربح، وثمن العبد المشترى يؤخذ مما فى يد العبد من المال، لا من رقبته.

ألا ترى أن العبد المحجور، إذا آجر نفسه بغير إذن المولى، وسلم من العمل، فالإجارة تنفذ فى حق المولى، ولم يظهر الحجر فى حق الإجارة؛ لأنها نافعة فى حق المولى لما سلم من العمل، كذا ههنا، وإذا لم يظهر الحجر فى حق هذا التصرّف، وصار هو والمأذون سواء.

ثم شراء المأذون جائز، فكذا شراء هذا العبد، وإذا جاز تصرّفه، فإن علم أن ثمن ذلك العبد فى يده، أخذ صاحب العبد مما فى يده مقدار ثمن العبد؛ لأنه ظفر ببدل حقه، والباقى يكون للمولى؛ لأنه كسب عبده، وإن علم أنه ليس فى يده ثمن العبد،

فليس لصاحب العبد أن يأخذ شيئًا مما في يده؛ لأنه لم يظفر ببدل ماله، ويتأخر حقه في الثمن إلى ما بعد العتق، ويكون جميع ما في يد العبد المحجور لمولاه؛ لأنه كسب عبده.

وإن وقع الاختلاف، فقال بائع العبد: ثمن عبدي في يد المحجور عليه، وقال مولى المحجور: ما في يده ليس ثمن عبدك، بل وهب له، أو تصدّق به عليه، أو هو ثمن مال آخر، فالقول قول مولى العبد المحجور عليه؛ لأن يد المحجور يد المولى حكمًا، فكان المال في يد المولى حكمًا، ولو كان في يده حقيقةً، أليس أن القول قوله: إن ما في يده ملكه، وعلى الخارج البيّنة، فكذا إذا كان في يده حكمًا، فإن أقاما البيّنة، فالبينة بيّنة البائع.

١٨٨٣١- وكذلك لو أن عبدًا محجورًا عليه استقرض من رجل مالا، واشترى به، وباع وربح كثيرًا، ثم جاء المستقرض وطالبه بدينه، فهو على الوجوه الثلاثة: إن علم أن في يد العبد بدل القرض، فالمقرض يأخذ من ذلك قدر دينه، والباقي يكون للمولى، وإن علم أنه ليس في يده بدل القرض لجميع ما في يده لمولاه، ويتأخّر حق المقرض في الدين إلى ما بعد العتق، وإن اختلفا، فالقول قول مولى العبد المحجور، وعلى المقرض البينة.

وكذلك لو أودعه متاعًا، أو ثيابًا، فباعه واشترى بثمنه، وباع وربح مالا كثيرًا، ثم حضر المودع، فإن علم أن بدل الوديعة في يد العبد، فللمودع أن يأخذ من ذلك قدر وديعته.

والباقي لمولى المحجور عليه، وإن علم أن بدل الوديعة ليس في يده، فالمودع لا يأخذ مما في يد العبد شيئًا لا يتبع[1] العبد بقيمة متاعه، حتى يعتق عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله، وعند أبي يوسف: يتبعه[2]، وهي مسألة إيداع العبد المحجور، وإن كان ما في يد العبد بدل الوديعة إلا أنه أقل من قيمة الوديعة، فإن المودع يأخذ ما في يد العبد، ولا يتبعه بما بقي من قيمة المتاع، حتى يعتق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

---

(١) هكذا في "ظ"، وكان في غيرها: لا يبيع.

(٢) هكذا في "ظ"، وكان في غيرها: لا يبيع.

الفصل الرابع
فى بيان ما يملكه العبد المأذون له وبيان ما لا يملكه

١٨٨٣٢- قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : ليس للعبد المأذون أن يكاتب عبده، سواء كان عليه دين أو لم يكن ؛ لأن الكتابة لم تدخل تحت الإذن لوجهين : أحدهما : أن الداخل تحت الإذن التجارة، والكتابة ليست بتجارة، بل هى عقد إرفاق يقصد بها الإعتاق، ولأن الكتابة أقوى من الإذن؛ لأن الكتابة توجب حرية اليد للحال، وحرية الرقبة فى الثانى، والإذن لا يوجب شيئًا من ذلك، فعلم أن الكتاب أقوى، والشىء لا يتضمّن ما هو أعلى منه.

ألا ترى أن الإعتاق لما كان أعلى من الكتابة لا يستفاد بالكتابة، فهو معنى قولنا : إن الكتابة غير داخلة تحت الإذن، وفيما لا يدخل تحت الإذن، الحال فيه قبل الإذن، والحال بعده سواء.

فإن كاتب مع أنه ليس له ذلك، وأجاز المولى كتابته، فهذا على وجهين : إن لم يكن على المأذون دين عمل إجازة المولى؛ لأن المولى يملك إنشاء الكتابة فى عبده المأذون، إذا لم يكن على المأذون دين، فلأن يملك الإجازة، والإجازة دون الإنشاء أولى، وإذا أجاز الكتابة خرج المكاتب من أن يكون كسب المأذون، حتى لو عجز، وردّ فى الرقّ، لا يملك المأذون التصرّف فيه، وقبل أن يعجز إذا أدّى بدل الكتابة إلى المأذون لا يعتق إلا أن يكون المولى أمره[1] بالقبض، وإذا لحق المأذون دين لايصرف شىء من بدل الكتابة إلى دينه، وإن كان على المأذون دين، فإن كان الدين مستغرقًا لا تعمل إجازة المولى عند أبى حنيفة رحمه الله، والكتابة باطلة؛ لأن الدين المستغرق على العبد يجعل المولى كالأجنبى عن كسبه عند أبى حنيفة رحمه الله، ولو أن أجنبيًا آخر أجاز كتابة المأذون لا تعمل إجازته، كذا ههنا.

وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله : يعمل؛ لأن دين العبد عندهما لا

(١) وفى "م": أجازه.

يمنع الملك للمولى فى كسب العبد، فيعمل إجازة المولى عندهما، حتى لو أدّى المكاتب بدل الكتابة إلى المولى، أو إلى المأذون بإذن المولى يعتق، وإن كان الدين غير مستغرق، فإجازة المولى تعمل بالإجماع، حتى لو أدّى المكاتب بدل الكتابة إلى المولى، أو إلى المأذون بإذن المولى، يعتق بالإجماع؛ لأن دين العبد إذا لم يكن مستغرقًا، لا يمنع وقوع الملك للمولى فى كسبه بالإجماع، فتعمل إجازته، ولكن للغرماء حق إبطال الكتابة قبل ثبوت العتق؛ لأن حق الغرماء كان متعلّقًا به قبل الكتابة، فإنه كان لهم حق بيعه، فيكون لهم ولاية إبطال الكتابة التى هى قابلة للبطلان صيانة لحقهم، وإذا لم يبطلوا الكتابة حتى عتق بالأداء، ضمن المولى قيمته للغرماء؛ لأنه أتلف عليهم[1] محل حقهم، وسيأتى جنس هذه المسائل بعد هذا.

١٨٨٣٣- وليس له أن يعتق عبدًا من كسبه على مال؛ لأن العتق على مال فوق الكتابة، ثم الكتابة لا تدخل تحت الإذن، فالعتق على مال أولى، فإن أعتق على مال مع أنه ليس له ذلك، وأجاز المولى عتقه، فإن لم يكن على العبد دين عمل إجازته، وقبض البدل إلى المولى، ولو لحق العبد بعد ذلك دين لا يصرف شىء من بدل العتق إلى دينه، وإن كان على العبد دين إن كان الدين مستغرقًا لا تعمل إجازته عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما: تعمل إجازته، وإن لم يكن الدين مستغرقًا عمل إجازته عند الكل، وضمن قيمته للغرماء، ولا سبيل للغرماء على العوض، بخلاف فصل الكتابة فى هذه الصورة؛ لأن ما يؤدّيه المكاتب كسب الرق، فجاز أن يتعلق به حق الغرماء، أما ههنا كسب الحرية فلا يتعلق به حق الغرماء.

١٨٨٣٤- وزان مسألة العتق من مسألة الكتابة ما اكتسبه العبد قبل العتق، وذلك يصرف إلى الغرماء؛ لأنه اكتسبه فى حال تعلق حق الغرماء برقبته، فيتعدى الحق إلى كسبه.

وزان مسألة الكتابة من مسألة العتق ما اكتسبه المكاتب بعد العتق، وذلك لا يصرف إلى الغرماء؛ لأنه اكتسبه فى حال لم يكن حق الغرماء متعلّقًا برقبته.

١٨٨٣٥- وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله: ليس للمأذون أن

---

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيرها: عنهم.

يكفل بكفالة بنفس، أو بمال، سواء كان عليه دين أو لم يكن ؛ لأن الكفالة ليست بتجارة، وليست من صنيع التجار .

ألا ترى أن التجار يتحرزون عنها، فإذا أذن له المولى بالكفالة، فكفل إن لم يكن عليه دين جاز[1]، وإن كان عليه دين لا يجوز .

وكان شمس الأئمة السرخسى يقول : إذا كفل بمال بغير إذن المولى، وكان عليه دين لايؤاخذ به للحال، أما يؤاخذ به بعد العتق، وقد عرف ذلك فى كتاب الكفالة .

١٨٨٣٦- ويجوز للمأذون أن يشارك غيره شركة عنان، وليس له أن يشارك غيره شركة مفاوضة، فإن فعل ذلك ينعقد عنانًا لا مفاوضة، وهذا لأن مبنى المفاوضة على الوكالة والكفالة، والوكالة وإن كانت داخلة تحت الإذن، فالكفالة غير داخلة تحت الإذن، فباعتبار الوكالة إن كان يدخل المفاوضة تحت الإذن، فباعتبار الكفالة لا تدخل، فلا تدخل بالشك بخلاف العنان ؛ لأن معنى العنان على الوكالة لا غير، والوكالة داخلة تحت الإذن، فيمكن إدخال العنان تحت الإذن ؛ لأن[2] المفاوضة إن كان لا يصحّ مفاوضة، يصح عنانًا ؛ لأن المفاوضة عنان وزيادة، فإن فى المفاوضة وكالة وكفالة، وفى العنان وكالة، وإن لم يكن فيه كفالة، فيصحّ بقدر ما يملكه المأذون، وهو الوكالة، ولا يصح بقدر ما لا يملكه المأذون، وهو الكفالة، فصار عنانًا من هذا الوجه، وفى العنان لو اشتركا على أن يشتريا بالنقد والنسيئة، ويكون المشترى بينهما يجوز النقد، ولا تجوز النسيئة ؛ لأن فى النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه، فيصحّ بقدر ما يملك لا بقدر ما لا يملك .

ألا ترى أنه لو شارك شركة مفاوضة، صح عنانًا بقدر ما يملك، ولم يصحّ مفاوضة، كذا ههنا .

فإن أذن له المولى بشركة المفاوضة لا يجوز المفاوضة على سبيل العموم فى التجارات ؛ لأن إذن المولى بالكفالة لا يجوز فى التجارات ؛ لأن بعد ما أذن له بالكفالة

---

(١) هكذا فى "ظ" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل : فكفل إن كان عليه دين جاز، وإن لم يكن عليه دين لايجوز .

(٢) وفى "م" : إلا أن مكان "لأن" .

فى تجارة[1] لايصح منه الإذن بالكفالة فى تجارة أخرى؛ لأنه يعتبر مشغولا بالكفالة الأولى، فلا يصحّ إذن المولى بعد ذلك بكفالة أخرى، فشرط المفاوضة وهو الكفالة يوجد فى بعض التجارات دون البعض، ومن شرط المفاوضة الكفالة فى جميع التجارات.

وإذا لم تجر المفاوضة على العموم بعد إذن المولى، هل يجوز على الخصوص مرة واحدة؟ فإن الإذن بالكفالة مرة واحدة من المولى صحيح لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة فى الكتاب.

قال شيخ الإسلام فى شرحه: ولقائل أن يقول: يجوز، ولقائل أن يقول: لا يجوز، ويقول فى المفاوضة: يجوز مرة واحدة يقيس المفاوضة على العنان، وفى العنان قال: إن المولى إذا أذن له أن يشترك مع غيره شركة عنان على أن يبيعا بالنقد والنسيئة، يجوز ذلك من العبد مرة واحدة، ولا يجوز بعد ذلك؛ لأن إذن المولى بالشراء بالنسيئة يصح مرة واحدة، ولايصح بعد ذلك؛ لأن بالمرة الأولى يصير مشغولا بالدين، فلا يصح شغله بالدين بعد ذلك مرة أخرى، فكذا فى المفاوضة.

١٨٨٣٧- ولا يملك التزوج إلا بإذن المولى؛ لأن النكاح ليس بتجارة، فيكون المأذون فى التجارة فيه بمنزلة المحجور، فإن تزوج امرأة أخرى، ودخل بها، فالقاضى يفرق بينهما، وما لزمه من المهر بسبب الدخول يؤاخذ به بعد العتق؛ لأن هذا دين لزمه بسبب هو ليس بمأذون فيه من جهة المولى، فيؤاخذ به بعد العتق، وليس له أن يزوج عبده، وهل يزوج أمته؟ فيه اختلاف: على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يزوج، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: يزوج، وقد عرف ذلك فى كتاب النكاح.

١٨٨٣٨- ويجوز له أن يستأجر الأراضى، ويأخذ ما بدا له من الأجر؛ لأن الاستئجار تجارة؛ لأن التجارة مبادلة المال بالمال، والاستئجار كذلك، ولهذا ملكه الشريك والمضارب، وله أن يدفع المال مضاربة؛ لأنه يستأجر المضارب ببعض الربح ليعمل له، وله أن يستأجر أجراء ليعملوا له ببدل يجب فى ذمته، فهذا أولى.

١٨٨٣٩- وله أن يأخذ المال مضاربة؛ لأن له أن يشترى بثمن يجب فى الذمة

(١) وفى "م": فى تجارة الإذن.

لتحصيل الربح لنفسه مع أنه لا يرجع بالعهدة على أحد، فلأن يملك هذا لتحصيل الربح لنفسه، ويرجع بالعهدة على غيره، كان أولى.

١٨٨٤٠ - وله أن يبضع؛ لأن البضاعة توكيل بالبيع لتحصيل الربح، وهو يملك البيع بنفسه لتحصيل الربح، فيملك التفويض إلى غيره أيضًا، وله أن يؤاجر نفسه فيما بدا له من الأعمال عندنا.

وقال الشافعي رحمه: ليس له ذلك، ويؤاجر كسبه بلا خلاف، هو يقول: هذا تصرّف في نفسه بطريق التجارة، فلا يملك كبيع نفسه وكرهن نفسه، بخلاف ما لو آجر كسبه؛ لأنه يملك التجارة في كسبه بطريق البيع، فيملكها أيضًا بطريق الإجارة.

وعلماءنا قالوا: هذا تصرف دخل تحت الإذن، فيملكه العبد كما آجر كسبه.

بيانه: وهو أن رقبة المأذون ومنافعه دخل في الإذن؛ لأنه لا يتهيّأ له التجارة إلا بنفسه ومنافعه، وكان القياس أن يملك بيع رقبته ورهنه إلا أنه إنما لا يملكه؛ لأنه بالبيع والرهن يصير محجورًا؛ لأن البيع يزيل الرقبة عن ملك المولى والرهن أيضًا، وإنه موضوع لإزالة الرقبة عن ملكه، والحجر ضدّ الإذن، فلا يجوز أن يستفيده بالإذن، وهذه الضرورة معدومة في حق الإجازة[1]؛ لأنه بإجازة[2] نفسه لا يصير محجورًا؛ لأن الإجازة لا تزيل ملك الرقبة، وإنها تجارة فيملكها العبد.

١٨٨٤١ - وله أن يزرع في أرض نفسه؛ لأن الزراعة تجارة، قال عليه الصلاة والسلام: «الزارع يتاجر ربه»[3]، وهو من صنيع التجارة يفعله التجار عادة، فيدخل تحت الإذن، وله أن يأخذ الأراضي مزارعة؛ لأنه إن كان البذر من قبله، فهو مستأجر للأرض ببعض الخارج، وإنه أنفع من الاستئجار بالدراهم، فإن هناك يلزمه الأجر، وإن لم يحصل له الخارج، وهنا لا يلزمه شيء إذا لم يحصل له الخارج، ثم لما ملك استئجار الأرض بالدراهم، فهذا أولى، وإن كان البذر من قبل رب الأرض، فهو آجر نفسه من

---

(١) هكذا في "ظ" و"ف"، وكان في الأصل و"م": الإجارة بإجارة.

(٢) هكذا في "ظ" و"ف"، وكان في الأصل و"م": الإجارة بإجارة.

(٣) ذكره الديلمي في "مسنده" ٢/ ٢٩٩ حديث (٣٣٦٠) بلفظ "الزارع أمانة" ولم أجد لفظ المذكور أصلا.

رب الأرض ليعمل المزارعة ببعض الخارج، ولو آجر نفسه بالدراهم يجوز، فكذا إذا آجر نفسه ببعض الخارج.

١٨٨٤٢- وله أن يدفع الأراضي مزارعة؛ لأنه إن كان البذر من قبله، فهو مستأجر للعامل ببعض الخارج، حتى يعمل في أرضه، وإن كان البذر من قبل العامل، فهو يؤاجر أرضه من العامل ببعض الخارج، وكل ذلك منه جائز بالدراهم، فكذا ببعض الخارج.

١٨٨٤٣- وله أن يودع وأن يستودع، وأن يعير وأن يستعير؛ لأن هذه الأشياء من صنيع التجار لا بد لهم منها، والإذن بالشيء إذن بما لا بدّ لذلك الشيء منه.

وله أن يتخذ الضيافة اليسيرة، وليس له أن يتخذ الضيافة العظيمة، والقياس أن لا يتخذ الضيافة، يسيرة كانت أو عظيمة؛ لأنها تبرع إلا أنا استحسنا في اليسيرة؛ لأنها من صنيع التجار لا يجدون بُدّا منها، حتى يميل قلب الناس إليهم، فتكثر المعاملة معهم، فأما العظيمة فليست من صنيع التجار، فيجدون بُدّا منها، فيعمل فيها بالقياس، ثم لا بد من حدّ فاصل بين العظيمة واليسيرة.

روى عن محمد بن مسلمة أنه قال: ذلك على مقدار مال تجارته، إن كان مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم، فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرًا، وإن كان مال تجارته عشرة مثلا، فاتخذ ضيافة بمقدار دانق، فذاك يكون كثيرًا عرفًا.

هذا هو الكلام في الضيافة، وأما الكلام في الهدية، فنقول: العبد المأذون يملك الإهداء بالمأكولات، ولا يملك الإهداء بما سواها من الدراهم والدنانير، وهذا لأن قضية القياس أن لا يملك الإهداء بشيء؛ لأنه تبرّع واصطناع بالمعروف، ولكن تركنا القياس بالعرف، وعادة التجار وعرف التجار وعادتهم الإهداء بالمأكولات، فيردّ ما سواه إلى القياس.

قال مشايخنا: وإنما يملك الإهداء بالمأكولات بمقدار ما يتخذ الدعوة من المأكولات، فيعود الكلام إلى الدعوة، وقد ذكرنا أن اتخاذ الدعوة اليسيرة يجوز، واتخاذ الدعوة العظيمة لا يجوز.

١٨٨٤٤- وفي "الأصل": لو وهب هبة، وكانت الهبة شيئًا سوى الطعام، وقد

بلغ قيمته درهمًا فصاعدًا، فإنه لا يجوز، ثم قال: وإن أجاز المولى هبته[١]، إن لم يكن عليه دين تعمل إجازته، وإن كان عليه دين، هل تعمل إجازته؟ مرّ الكلام فيها.

١٨٨٤٥- ويملك التصدّق بالفلس والرغيف، وبالفضة بما دون الدرهم، نصّ على ما دون الدرهم في كتاب المكاتب، وبنحوه ورد الأثر عن عمر رضي الله عنه، فإنه سئل عن العبد، هل يتصدّق؟ قال: بالرغيف ونحوه؛ لأن التصدق بهذا من صنيع التجار، والمرأة في بيت زوجها، والأمة في بيت مولاها تطعم وتتصدق بالمطعوم على الرسم والعادة، وإن لم يأذن لهما الزوج والموالي بذلك صريحًا اعتبارًا للعرف والعادة.

فإن قيل: أليس أنه روى أبو أمامة أن النبي ﷺ قال عامة الوداع في خطبته: «ولا تخرج المرأة من بيت زوجها بغير إذنه»، قيل له في الطعام: قال عليه الصلاة والسلام: «الطعام أفضل أموالكم».

قلنا: أراد به الطعام المدّخر كالحنطة ودقيقها، فأما غير المدّخر فإنها تتصدق به على الرسم والعادة، ويكون ذلك بإذن الزوج عرفًا وعادةً، وإن لم يكن بإذنه صريحًا.

١٨٨٤٦- وليس للمأذون أن يقرض، وإن أقرض فهو باطل؛ لأن الإقراض تبرّع، فإنه يوجب الملك في العين قائمًا مقام المنفعة، فإن القرض إعارة، ولهذا لا يصحّ التأجيل في القروض عندنا، والإعارة تبرّع في النفقة، إلا أن ما لا يملك الانتفاع إلا باستهلاكه، قام العين فيه مقام المنفعة، فكان تبرعًا بالعين، وهو ليس من ضرورات التجارة، وللتجارة[٢] منه بُدّ، فلم يدخل تحت الإذن بالتجارة، بخلاف إعارة الميزان والسنجات والهدية بشيء حقير والضيافة اليسيرة؛ لأن ذلك من ضرورات التجارة لا بد للتجارة منه، فدخل تحت الإذن استحسانًا، وله أن يأذن لعبده في التجارة، سواء كان عليه دين أو لم يكن؛ لأنه من صنيع التجار.

ألا ترى أنه يملكه المكاتب، فكذا يملكه العبد المأذون، وسوى ما ذكرنا من التصرّفات تصرّفات كثيرة يملكها المأذون يأتي بيانها بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

(١) وفي "ظ": هبة.

(٢) وفي الأصل: وللتجار.

الفصل الخامس
فى العبد المأذون له لحقه دين فطلب الغرماء من القاضى بيعه

١٨٨٤٧- وإذا أذن الرجل لعبده فى التجارة، فباع العبد واشترى، ولحقه من ذلك دين كثير، فقدّمه الغرماء إلى القاضى، والمولى حاضر، فطلبوا بيعه من المولى، فإن القاضى ينظر فى ذلك، فإن كان فى يد العبد كسب حاضر يفى بديونه، فإنه يقضى ديونه من كسبه، ولا يبيع المأذون بدينهم، وذلك لأن الدين أبدًا يقضى من أيسر المالين قضاء، وقضاء الدين من كسب المأذون أيسر من القضاء من ثمن المأذون؛ لأن فى القضاء من الكسب، لا يحتاج إلى واسطة البيع، وفى القضاء من ثمنه يحتاج إلى واسطة البيع، وإن كان يحتاج فى القضاء من الكسب إلى البيع مع هذا القضاء من كسب العبد أيسر؛ لأن كسب العبد معه للتجارة، ورقبة المأذون غير معدّ للتجارة، وبيع ما أعدّه الإنسان للبيع أيسر من بيع ما لم يعدّه للبيع، وهذا كما يصرف الدين أولا إلى عروض التجارة، فإن بقى يصرف إلى نصاب السائمة؛ لأن قضاء الدين من عروض التجارة، وإنه معدّ للبيع ورصد له أيسر على صاحب المال من بيع السوائم، وإنه معدّ للإمساك والاقتناء، لا للبيع، فكذلك هذا.

وإن لم يكن فى يده مال حاضر إلا أن له مالا غائبًا، يرجى قدومه، أو دين حال يرجى خروجه، فإنه لا يعجل القاضى أيضًا فى بيعه، بل يتلوّم ويؤخر البيع حتى يقدم المال، أو يخرج الدين لوجهين: أحدهما: أنه توجه ضرران، وتعذر دفعهما، فيجب دفع أكثرهما.

وبيانه: أنا[1] متى لم نعجّل بيعه، يتضرر الغرماء، فإنه يتأخّر حقهم فى الدين إلى أن يقدم المال الغائب، أو يخرج الدين، ومتى عجلنا بيعه، يتضرر به المولى؛ لأن رقبة المأذون تزول عن ملك المولى أبدًا، وإزالة العين عن ملك الإنسان على الأبد، عدّ ضررًا، وإن كان بعوض حتى لم يجز حالة الاختيار، وفيه ضرر على المأذون أيضًا؛

(١) وفى الأصل: أنه.

لأنه ينحجر عن التصرّفات، وكان مطلقًا، والحجر بعد الإطلاق ضرر، فقد توجه ضرران، وقد تعذر دفعهما، فيجب دفع أكثرهما.

قلنا: وما يلحق المولى، والعبد بتعجيل البيع أكثر؛ لأن فى التعجيل إبطال الملك على المولى، وإبطال الإطلاق على العبد، وفى التلوّم تأخير حق الغرماء، والتأخير أهون من الإبطال، فلهذا قال: لا يعجّل فى بيعه.

ونظير هذا ما قالوا فى المولى: إذا طلب من القاضى أن يعجز مكاتبه، ويقضى بفسخ الكتابة، فإن القاضى لا يعجّل فى تعجيزه، إذا كان له مال غائب يرجى قدومه، أو دين حاضر يرجى خروجه؛ لأن فى التعجيز إبطال حق المكاتب عن نفسه واكتسابه، وإثبات الحجر عليه بعد ما كان مطلقًا، والحجر بمقابلة الإطلاق عقوبة، وليس فى التلوّم إلى أن يقدم المال، أو يخرج الدين إلا تأخير حق المولى فى بدل الكتابة، فكان ما يلحق المكاتب من الضرر أكثر، فوجب مراعاة جانبه، فكذا هذا.

والثانى: أن بيع الرقبة بدين التجارة مجتهد فيه، فإن بين العلماء فيه خلافًا[1] منهم من رأى، ومنهم من أبى، وبيع الكسب بدين التجارة متفق عليه، لا خلاف فى ذلك بين العلماء، ومهما أمكن للقاضى القضاء بما هو متفق عليه لا يقضى بما هو مجتهد فيه؛ لأنه لايصار إلى الاجتهاد إلا عند الضرورة، ولا ضرورة فى العمل بالاجتهاد، متى كان له مال غائب يرجى قدومه، أو دين حال يرجى خروجه.

ثم ذكر أن القاضى يتلوّم حتى يقدم المال، أو يخرج الدين، ولا يعجّل فى بيعه، ولم يقدر لمدة التلوّم تقديرًا، من مشايخنا من قال: بأن تقدير مدة التلوّم بالاجتهاد يفوض إلى رأى القاضى، فإن مضت مدة، وقع فى رأيه أن مدة التلوّم انتهت، باع العبد، وإن وقع فى رأيه أن المدة لم تنتهِ بعد، فإنه لا يبيعه؛ لأنه لم يرَ بالشرع بتقدير مدة التلوّم، فيجعل تقدير المدة موكولا إلى رأى القاضى.

وقد حكى عن الفقيه أبى بكر البلخى أنه كان يقول: مدة التلوّم مقدرة بثلاثة أيام، فإن كان المال الغائب، بحيث يقدم لثلاثة أيام، فإن القاضى لا يبيع العبد، بل يتلوّم حتى يقدم المال، أو يخرج الدين، وإن كان لا يقدم مال الغائب، ولا يخرج الدين إلا بعد

(١) وفى الأصل: اختلافًا.

مضيّ ثلاثة أيام، فإنه يبيعه، وذلك لأن المدة اليسيرة جدًّا لا تكفى للتلوّم، فإن فى المدة القليلة جدًّا لاتهدم المال الغائب، ولا يخرج الدين، والكثيرة جدًّا لا يحتاج إليها، فجعلنا الحد الفاصل بين القليل والكثير ثلاثة أيام لوجهين: أحدهما: أن الثلاثة أقل الجمع الصحيح، ولا نهاية لما زاد عليها، فكان التقدير بالثلاث أولى؛ ولأنها مدة شرعت لإبلاء العذر، فقدر شرعًا بثلاثة أيام، كما فى مدة الخيار، فإذا نقضت مدة التلوّم على القولين جميعًا، ولم يقدم المال، ولا خرج الدين، فإن القاضى يبيع العبد بدينهم، وذلك لأن القاضى نصب ناظرًا للمسلمين، وقد نظر للمولى متى تلوم، ولم يعجّل فى بيعه، فيجب أن ينظر للغرماء بعذر مضيّ مدة التلوّم، فيبيع العبد بدينهم حتى يصلوا إلى حقوقهم، فيحصل النظر للجانبين جميعًا.

ثم ما ذكر من الجواب[1]: أن القاضى يبيع العبد لا يشكل على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن الدين لو كان على المولى، وقد امتنع عن قضاءه، كان للقاضى على قولهما: أن يبيع عليه ماله بغير رضاه، ويقضى دينه، فإذا كان الدين على العبد أولى؛ لأن دين العبد يتعلّق بالعبد، ودين الحر يتعلق بماله ما لم يمرض مرض الموت، وإنما يشكل هذا على قول أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن من أصله أن الحرّ إذا ركبته الديون، وأمره القاضى بإيفاء الديون ولم يوف، فأراد أن يبيع عليه ماله بغير إذنه، ليس له ذلك، بل يجبر على البيع، وقضاء الدين بالحبس حتى يبيع بنفسه.

والجواب عنه: أن أبا حنيفة رحمه الله إنما قال فى الحر: لا يبيع القاضى عليه ماله؛ لما فيه من الحجر عليه، فإنه كان يملك بيع ماله بنفسه، وإذا باع عليه القاضى بغير إذنه كان هذا حجرًا عليه، وأبو حنيفة رحمه الله لا يرى الحجر على الحرّ المكلف، فأما ليس فى بيع المأذون على المولى بغير رضاه حجر على المولى؛ لأن المولى قبل ذلك محجور عن بيعه، فإنه لو باع العبد المديون بغير رضا الغرماء لا ينفذ.

وإذا كان محجورًا عن بيع العبد قبل بيع القاضى لم يكن بيع القاضى حجرًا، فجاز، وكان هذا بمنزلة التركة إذا كانت مستغرقة بالدين، كان للقاضى أن يبيع التركة على الورثة إذا امتنعوا من قضاء الدين من مالهم بغير رضاهم، ولم يعدّ ذلك حجرًا

(١) وفى "ظ": الجواز.

على الورثة ؛ لأنهم كانوا محجورين عن بيع التركة قبل ذلك متى كانت مستغرقة بالدين بغير رضا الغرماء، فكذلك ههنا.

فإن قيل: يشكل بيع الكسب، فإنه يبيع الكسب على العبد بغير إذنه، والعبد كان يملك بيع الكسب كالحر المديون، وكان يجب أن لا يبيع الكسب على العبد بغير رضا العبد، بل يحبسه حتى يبيع، إلا أن الجواب عنه أن أبا حنيفة رحمه الله إنما لا يرى الحجر على الحرّ المكلّف، فأمّا يرى الحجر على العبد، ألا ترى أن المولى يحجره فيجوز، فكذا جاز حجر القاضي عليه ببيع الكسب عليه.

هذا إذا كان المولى حاضرًا، وأما إذا كان غائبًا، فإنه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى، فإن الخصم في رقبة العبد المولى دون العبد المأذون.

ألا ترى لو ادّعى إنسان في رقبة العبد حقًا، فإن العبد لا ينتصب خصمًا لذلك، وإذا كان الخصم هو المولى لم يجز البيع إلا بحضرته، أو بحضرة نائبه، بخلاف الكسب، فإنه يباع بالدين، وإن كان المولى غائبًا؛ لأن الخصم في الكسب هو العبد دون المولى.

ألا ترى لو ادّعى إنسان في كسبه حقًا، كان الخصم في ذلك هو العبد، وإذا كان العبد خصمًا في حق الكسب يشترط حضرة العبد لا حضرة المولى.

ثم إذا باع القاضي العبد بحضرة المولى، قسم ثمنه بين الغرماء؛ لأنه إنما باع لأجل الغرماء، فيكون بين الغرماء، فبعد ذلك ينظر إن كان بالثمن وفاءً بالديون كلها، أو في كل واحد منهم تمام حقه.

ويصرف الفضل إلى المولى إن كان ثمة فضل، وإن لم يكن بالثمن وفاءً بالديون كلها، يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة، إذا اجتمعت فيها حقوق الغرماء، وضاقت التركة عن إيفاءها يضرب كل غريم في التركة بقدر حقه، فكذلك هذا، ولا سبيل لهم على العبد فيما بقي من دينهم حتى يعتق العبد، وذلك لأنهم لما اختاروا بيع العبد بدينهم، وثمن العبد لا يفي بديونهم، صاروا مؤخرين ما بقي من ديونهم إلى ما بعد العتق مقتضى اختيارهم بيع العبد بديونهم، والثابت اقتضاء كالثابت نصًا، ولو أخروا ما بقي من ديونهم نصًا إلى أن يعتق العبد لم يكن لهم أن يطالبوا العبد بعد ذلك

بشيء من ديونهم، حتى يحل الأجل، فكذلك هذا.

وإنما قلنا: ذلك، وذلك لأن الغرماء كان لهم الخيار في حالة الرق إن شاؤوا باعوا العبد بديونهم، واختاروا القليل العاجل ببيع العبد على الكثير الآجل باستسعاءه، وإن شاؤوا اختاروا الكثير الآجل باستسعاء العبد، ولا يبيعوا العبد، وليس لهم الجمع بين الأمرين في حالة الرق بأن يبيعوه، ثم يتبعوه بالسعاية في ملك المشتري؛ لأنهم متى باعوه، وأخذوا الثمن من المشتري، فقد ملكوا السعاية من المشتري بما أخذوا منه من الثمن، فلم يبقَ لهم على السعاية سبيل ما لم يعتق العبد.

ونظير هذا ما قالوا: في المولى إذا دبّر العبد المديون، فاختار الغرماء تضمين المولى قيمة المدبّر لا يبقى لهم على سعاية العبد سبيل، وإن كان المدبّر بقي بعد التضمين في ملك الآذن؛ لأنهم لما أخذوا من المولى قيمة المدبّر، فقد ملكوا السعاية منه، فلم يبقَ لهم على السعاية سبيل، حتى يعتق العبد، فكذلك إذا اختاروا بيعه بالدين، فقد ملكوا سعايته من المشتري بما أخذوا منه من الثمن، فلا يبقى لهم على سعاية العبد سبيل ما لم يعتق، بل أولى؛ لأنه بالبيع خرج العبد عن ملك الآذن، وصار ملكًا للمشتري، والدين ما وجب في ملك المشتري، وإذا كان يبطل حقهم في السعاية ما لم يعتق العبد متى اختاروا البيع، صاروا مؤخرين ما بقي من دينهم إلى أن يعتق العبد مقتضى اختيارهم بيع العبد، والتقريب ما ذكرنا.

فإن اشترى العبد مولاه الذي باعه القاضي عليه للغرماء، لم يتبعه الغرماء بشيء مما بقي من الدين من قليل ولا كثير، وإن عاد العبد إلى ملك من وجب الدين على العبد في ملكه بوجوه: أحدها: أنه مجدد سبب الملك في العبد، وتجديد سبب الملك في العين يوجب تبدّل العين من حيث الحكم، فكأنه اشترى عبدًا آخر، فلا يكون للغرماء عليه سبيل.

والثاني: أنهم لما باعوه أول مرة بدينهم، فقد أخروا دينهم إلى ما بعد العتق مقتضى اختيارهم بيع العبد، ولو ثبت التأجيل نصًا ما لم يمضِ الأجل، لا يبقى لهم على العبد سبيل، وإن عاد العبد إلى ملك الآذن، فكذلك إذا ثبت التأجيل اقتضاءً.

والثالث: أنهم لما باعوه بدينهم أول مرة، فقد ملكوا السعاية من المشتري بما أخذوا

منه من الثمن، فالمولى الآذن لما اشتراه ثانيًا من المشترى الأول ملك السعاية أيضًا من جهة المشترى، وقام مقام المشترى فيما كان للمشترى، وما دام فى ملك المشترى الأول لا يكون لهم على العبد سبيل ما لم يعتق، فكذلك هذا.

ثم ما ذكر أن القاضى يبيع العبد المأذون المديون مذهبنا، قال الشافعى رحمه الله: لايبيعه، ولقب المسألة: أن رقبة العبد المأذون يباع فى التجارة عندنا خلافًا للشافعى رحمه الله، وأجمعوا على أن رقبته تباع بدين الاستهلاك، وحاصل الخلاف يرجع إلى حرف، وهو أن دين التجارة هل يتعلق برقبة العبد استيفاءً، عندنا يتعلق، وعند الشافعى رحمه الله: لايتعلق.

حجته فى ذلك أن هذا التصرّف غير مأذون فيه فى حق تعلق الدين برقبة العبد استيفاء، فكان كالحاصل قبل الإذن.

بيانه: أن المولى إنما أذن له فى التجارة ليحصل النفع، وهو الربح والزيادة، ولو تعلق الدين برقبته استيفاء لذهب الأصل والزيادة، والظاهر أن المولى لا يرضى به، فهو معنى قولنا: إن هذا التصرّف غير مأذون فيه فى حق تعلق الدين برقبة العبد استيفاء، بهذا الطريق لم يتعلق دين العبد بسائر أموال المولى استيفاء.

حجة علمائنا فى ذلك أن هذا دين وجب فى ذمة العبد، وظهر وجوبه فى حق المولى، فتباع الرقبة به كما فى دين الاستهلاك، ولا شك أن هذا دين وجب فى ذمة العبد.

ألا ترى أن هذا العبد مطالب به قبل هلاك الكسب، وبعد هلاك الكسب بقى واجبًا أيضًا، حتى لو كفل به إنسان يؤاخذ به الكفيل للحال، ولو أعتق العبد يطالب به، وقد ظهر وجوبه بسبب ظاهر فى حق المولى؛ لأن وجوبه بالتجارة، وتجارته نفذت وصحت بإذن المولى، فيظهر صحة التجارة فى حق المولى؛ لأن الصحة أثر الإذن، وإذا صحت التجارة فى حق المولى، فالدين الواجب بالتجارة يكون ظاهرًا ثابتًا فى حق المولى؛ لأن السبب متى تحقق، ظهر على الإطلاق، فحكمه أيضًا يثبت على الإطلاق؛ لأن الحكم يتبع السبب، فيثبت على وفاق السبب، وإذا ثبت أن هذا الدين ظهر فى حق المولى على الإطلاق، وجب أن يباع رقبته فيه كدين الاستهلاك، فإن دين الاستهلاك لما

كان واجبًا على العبد بسبب ظاهر فى حق المولى تعلق برقبة العبد، وبيع رقبته فيه إلا أن سبب دين الاستهلاك ظاهر حسًّا(١) لايتصور تخصيصه بشخص دون شخص، فمتى تحقق فى حق شخص تحقق فى جميع الأشخاص، وسبب دين التجارة وصحة التجارة أمر شرعىّ، فإذا كان دليل الصحة ظاهرًا فى حق المولى، كان وجوب الدين ظاهرًا فى حقه، والظاهر شرعًا كالظاهر حسًّا، وبل أولى، لأن المولى لم يرضَ بسبب وجوب الدين هناك أصلا، وهنا رضى بسبب وجوب الدين، وهو التجارة، فمتى تعلق دين الاستهلاك بمال المولى مع أنه غير راضٍ بالسبب أصلا، فلأن يتعلق دين التجارة، وهو راضٍ بالسبب أولى وأحرى.

وكذلك دين الاستهلاك وجب من غير عوض دخل فى ملك المولى، فيتمحّض ضررًا، ودين التجارة وجب بعوض، دخل فى ملك المولى، وهو المبيع، فينعدم الضرر أو يقلّ، فإذا تعلق دين الاستهلاك بمال المولى والضرر فيه أكثر لأن يتعلق دين التجارة به، والضرر فيه أقل أولى.

١٨٨٤٨ - ثم الفرق الجامع بينهما، وهو أن الدين متى وجب على العبد يجب حقًّا لصاحب الدين، فيجب أن يكون صاحب الدين بسبيل من الوصول إلى دينه، ومتى لم يتعلق الدين بالرقبة.

أما أن يتأخّر إلى ما بعد العتاق، أو يستسعى العبد، ويقضى الدين من كسبه لا وجه إلى الأول؛ لأن التأخير إلى ما بعد العتاق فى معنى الإبطال، ولا وجه إلى الثانى؛ لأنه قد يكتسب، وقد لا يكتسب، فالشرع علق دين الاستهلاك بالرقبة ليتمكن صاحب الدين عن الوصول إلى حقه من مالية الرقبة هذا المعنى هنا موجود؛ لأن دين التجارة لو تعلق بالكسب عينًا، وقد يكون بالكسب وفاءً بالدين، وقد لا يكون، كان حقه على خطر الهلاك، ومتى ضممنا الرقبة إلى الكسب، كان حقه عن الهلاك أبعد، فعلقنا الدين بالرقبة صونًا لحقه عن الهلاك بقدر الإمكان.

ألا ترى أن الحرّ إذا مرض مرضَ الموت تعلق حق غرماء الصحة بماله؛ لأن بالمرض يعجز عن الكسب، فلو لم يتعلق الدين بماله يصير حقهم فى معرض البطلان، ولأن

---

(١) وفى "م": حيث.

قضاء دين العبد من حوائجه الأصلية ونفسه، وإن كان حقًّا للسيد، لكن حقه فى نفسه مقدّم على حق السيد؛ لأن حقه فى نفسه أصل؛ لأن الله تعالى خلق نفس الآدمى وأطرافه حقًّا له، وحق المولى فيه عارض، والأصل أقوى من العارض.

فإذا ركبته الديون، ولم يبقَ فى يده مال يقضى منه ديونه صارت رقبته حقًّا له، فيصرفها إلى ديونه لتخلص عن الديون، وكان حال الحرّ فى شريعة من قبلنا، وابتداء شريعتنا هذا يباع الحر بدينه نظرًا له إلا أن الشرع نسخ هذا الحكم فى الحر؛ لأنه أبطل حكم المالية عن الحرّ، والبيع بالدين يعتمد المالية، ولم يتعلق الدين برقبته لعدم المالية، حتى لو قتل الحرّ المديون، ووجبت الدية، يتعلق الدين بالدية؛ لأنه مال يمكن قضاء دينه منه، وفى حق العبد أمكن قضاء الدين من عين الرقبة؛ لأنه مال متقوّم، وحقه فى رقبته مقدّم على حق المولى، ولأن الدين إذا وجب لا بدّ له من محل يتعلق به، فنقول: تعيين رقبة العبد أولى لتعلق الدين به؛ لأنها أقرب إلى العبد، هذا هو المعنى فى دين الاستهلاك، وهذا المعنى موجود فى دين التجارة، فألحق هذا به.

١٨٨٤٩ - ثم القاضى إذا باع العبد للغرماء، أو باع أمين القاضى العبد للغرماء لا تلحقه العهدة، حتى لو وجد المشترى بالعبد عيبًا، فالمشترى لا يردّه على القاضى، ولا على أمينه، ولكن القاضى ينصب وصيًّا حتى يردّه عليه.

وكذلك لو قبض القاضى أو أمينه الثمن من المشترى، وضاع من يده، واستحق العبد من يد المشترى، فالمشترى لا يرجع على القاضى، ولا على أمينه، وإنما يرجع على الغرماء.

أما القاضى فإنما لا يلحقه العهدة؛ لأن بيع القاضى خرج على وجه القضاء نظرًا للغرماء، ولو رجع إليه العهدة فى هذا البيع لصار خصمًا فيه، وخرج من أن يكون قاضيًا؛ لأن من صار خصمًا فى حادثة لا يصلح شاهدًا فيها، فلا يصلح قاضيًا من طريق الأولى.

وأما أمين القاضى فإنما لا تلحقه العهدة؛ لأن أمين القاضى ليس بنائب عن الميت، بل هو نائب عن القاضى، فكان حكمه حكم القاضى، فكما لا ترجع العهدة إلى القاضى، فكذا لا يرجع إلى أمينه، وإذا لم تجب العهدة على القاضى، ولا على أمينه،

كان هذا عقدًا لايوجب العهدة على العاقد، ففى فصل الرد بالعيب ينصب القاضى وصيّا ليردّ عليه، وفى هلاك الثمن واستحقاق المبيع المشترى، يرجع بالثمن على الغرماء، إذ الأصل فى كل عقد لايرجع العهدة إلى العاقد، رجوع العهدة إلى من وقع العقد له، كما لو كان العاقد صبيّا محجورًا، وعبدًا محجورًا موكلا عن الغرماء ليبيع[1]، فالعهدة تكون على من وقع العقد له، وهو الموكل والعقد ههنا وقع للغرماء، فيكون الرجوع على الغرماء أيضًا.

• ١٨٨٥ - ثم إذا رجع المشترى على الغرماء بالثمن، فالغرماء لا يرجعون على أحد؛ لأن بيع القاضى وأمينه وقع للغرماء، وكذلك قبضهما كقبض الغرماء، والغرماء لو قبضوا الثمن بأنفسهم، وهلك فى أيديهم، وورد الاستحقاق على المبيع، ورجع المشترى عليهم، فهم لايرجعون بذلك على أحد، كذا ههنا.

فإن عتق العبد بعد ذلك، فالغرماء يرجعون بديونهم على العبد، وهذا ظاهر، وهل يرجعون بما ضمنوا للمشترى من الثمن؟ فلا ذكر لهذا الفصل فى شىء من الكتب، وقد اختلف المشايخ فيه، والأصحّ أنهم لا يرجعون؛ لأنهم إنما ضمنوا ذلك بفعلهم، فلا يرجعون به على أحد.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده فى شرح كتاب المأذون: أن القاضى إذا أمر أمينه ببيع العبد المأذون المديون بطلب الغرماء، إن قال: جعلتك أمينًا فى بيع هذا العبد لا تلحقه العهدة.

وأما إذا قال له: بع هذا العبد، ولم يزد عليه، فقد اختلف المشايخ فيه، قال: والصحيح أنه لا تلحقه العهدة.

ثم فى فصل الرد بالعيب: إذا نصب القاضى الأمين خصمًا للمشترى، وردّ المشترى العبد عليه بالعيب، فالقاضى يأمر الأمين ببيع العبد؛ لأن القاضى لا يتوصّل إلى إيفاء حق المشترى إلا ببيع هذا العبد من الأمين، فيبيع العبد ليصل المشترى إلى حقه، ويأمره أن يكشف عيبه، إذا باعه؛ لأنه لو لم يأمره بذلك، كان هذا من القاضى أمرًا بتدليس العيب، والأمر بتدليسه من غير القاضى حرام، فمن القاضى أولى.

---

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيره: عن الغير بالبيع.

١٨٨٥١ - وإذا باعه الأمين، وأخذ الثمن بدأ بدين المشترى أولا؛ لأن المشترى كان محبوسًا بحقه، فكان هو أولى ببدله من غيره، فبعد ذلك ينظر إن كان الثمن الآخر أقل من الثمن الأول غرم الغرماء للمشرى الأول الفضل على الثمن، ولا يغرم الأمين ذلك؛ لأن الأمين نائب القاضى، فلا تلحقه العهدة، وإذا تعذر إيجاب العهدة على الأمين، وهو العاقد أوجبناها على من وقع العقد له وهو الغرماء.

وإن كان الثمن الثانى أكثر من الثمن الأول، أعطى المشترى حقه، وما بقى يكون للغرماء، وإن انقطع حق الغرماء عن العبد بعد البيع[1]؛ لأنه إنما انقطع بسبب البيع، وقد انفسخ البيع من كل وجه، فعاد الأمر إلى ما كان قبل البيع، وقبل البيع كان حقهم متعلقًا به، فبعد فسخ البيع يعود التعلق إلا أن حق المشترى كان مقدمًا على حقهم، وقد خرج المشترى من البين، فبقى حق الغرماء بلا مزاحم، ولو كان العبد حين ردّ على أمين القاضى بالعيب، مات فى يده قبل أن يبيعه ثانيًا، فالأمين يرجع بالثمن على الغرماء، فيأخذ منهم الثمن، ويردّه على المشترى.

وكما يباع رقبة العبد فى دين التجارة، تباع رقبته فيما كان من جنس التجارة، بيانه فيما ذكر فى "الأصل": قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله: إذا أذن الرجل لعبده فى التجارة، فما لحقه من دين تجارة، أو غصب، أو وديعة جحدها، أو مضاربة، أو بضاعة، أو عارية جحدها، أو دابة عقرها، أو ثوب أحرقه، أو آجر أجيرًا، أو مهر جارية اشتراها ووطئها، ثم استحقت، فذلك كله لازم له، ويؤاخذ به فى الحال، ويباع رقبته فيه، وهذا لأن التجارة ليس إلا مبادلة المال بالمال، وأجر الأجير يجب بمقابلة المال، وكذلك ضمان الغصب؛ لأنه يفيد الملك فى المضمون، والمضمون مال.

وأما ضمان الوديعة المجحودة والمضاربة والعارية والبضاعة المجحودة، فإن الضمان الواجب بهذه الأشياء ضمان غصب؛ لأن الأمين يصير غاصبًا للأمانة بالجحود على ما عرف فى موضعه.

وأما ضمان عقر الدابة وإحراق الثوب، فقد قيل: ما ذكر فى الجواب، محمول

---

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيره: نفذ البيع.

على ما إذا أخذ الثوب أو الدابة أو لا، حتى يصير غاصبًا بالأخذ، ثم أحرق الثوب، أو عقر الدابة.

فأما إذا عقر الدابة، أو أحرق الثوب من الابتداء، فينبغي على قول أبي يوسف رحمه الله: أن لا يؤاخذ به في الحال، ولا يباع رقبته فيه.

وعلى قول محمد: يؤاخذ به في الحال، ويباع رقبته فيه، قاسوا هذه المسألة على مسألة ذكرها في كتاب الصلح.

وصورتها: الدين إذا كان مشتركًا بين اثنين، ثم إن أحد الشريكين اغتصب من المديون مالا، فاستهلكه، أو اشترى بالدين منه شيئًا، واستهلكه، فإن لشريكه أن يرجع عليه بربع الدين؛ لأنه استوفى نصيبه من الدين.

١٨٨٥٢- ولو تزوج أحد الشريكين أمة المديون بنصيبه من الدين لم يكن لشريكه أن يرجع عليه بربع الدين.

ولو أحرق أحدهما ثوبًا للمديون قبل القبض، وقيمة الثوب مثل نصيبه، ووقعت المقاصّة لم يكن لشريكه أن يرجع عليه بشيء عند أبي يوسف رحمه الله، وعند محمد رحمه الله: يرجع عليه بربع الدين.

فأبو يوسف رحمه الله جعل ضمان إحراق الثوب قبل القبض بمنزلة المهر، ومحمد رحمه الله جعل بمنزلة الثمن وضمان الغصب، فيجوز أن يكون في هذه المسألة كذلك.

وأما مهر جارية اشتراها ووطئها، واستحقت، فلأن هذا المهر وإن وجب بالفعل إلا أنه مستند إلى الشراء السابق، فإنه لولا ذلك الشراء لكان لا يجب المهر، ويجب الحد، ولما كان مستند إلى الشراء كان بمنزلة الثمن.

وكذلك إذا استعار من أحد دابة إلى مكان معلوم، فذهب بها إلى مكان آخر، حتى صار مخالفًا ضامنًا يباع رقبته؛ لأن ضمان الخلاف ضمان غصب، فيؤاخذ به للحال.

١٨٨٥٣- وإذا تزوج امرأة، ودخل بها إن كان النكاح بإذن المولى، حتى صح يباع بدين المهر، وإن لم يكن هذا من جنس ضمان التجارة؛ لأن النكاح ليس من جنس

التجارة، ولهذا لا يدخل تحت الإذن فى التجارة؛ لأن النكاح وإن لم يكن تجارة إلا أن إذن المولى للمأذون بالنكاح صحيح، والنكاح منه بناء على إذن المولى أيضًا صحيح، ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر، فكان تعلقه بالرقبة لضرورة أمر لا مردّ له، فكان كدين الاستهلاك.

ثم يشترط لصحة بيع القاضى إذن الغرماء بالبيع وإذن المولى، أما إذن المولى فلأن للمولى فيه ملك، وله حق استخلاص العبد بقضاء الدين من مال آخر، وأما إذن الغرماء لأن دين الغرماء قد وجب فى ذمة العبد، ولوصولهم إلى حقهم طريقان: أحدهما: آجل يفى بحقوقهم وهو الاستسعاء، والثانى: عاجل، ولكن عسى لا يفى بحقوقهم، وهو الثمن، وبالبيع يبطل أحد الطريقين عليهم، فيشترط رضاهم.

١٨٨٥٤ - قد ذكرنا فى أول هذا الفصل أن العبد المأذون إذا لحقه دين، فطلب الغرماء من القاضى ببيع العبد، وفى يد العبد كسب حاضر، إن للقاضى أن يبدأ ببيع الكسب، ويستوى أن يكون ذلك الكسب من أكساب التجارة، أو لم يكن من أكساب التجارة نحو الصدقة والهبة، ويستوى أن يكون العبد اكتسب ذلك قبل لحوق الدين، أو بعد الدين، فحق الغرماء يتعلق بجميع ذلك ما دام فى يد العبد، وإن كان المولى قد أخذ شيئًا من ذلك من العبد، فإن لم يكن على العبد دين حال ما أخذ المولى ذلك، ثم لحقه دين لا يجب على المولى رد ما أخذ إن كان قائمًا بعينه، ولا ضمانه إن كان مستهلكًا، وإن كان على العبد دين حال ما أخذ المولى ذلك يجب على المولى ردّ ما أخذ إن كان قائمًا، وضمانه إن كان استهلكه، وإنما كان كذلك؛ لأنه إذا لم يكن على العبد دين حال ما أخذ، فقد أخذ ما له حق الأخذ؛ لأن له حق أخذ كسب عبده، إذا لم يكن على العبد دين، وإذا أخذ ماله حق الأخذ صح الأخذ، وخرج المأذون من أن يكون كسب العبد، والتحق بسائر أموال المولى.

ألا ترى أن العبد لو أراد أن يأخذ ذلك من المولى لم يكن له ذلك، فلا يتعلق به دين لحق العبد بعد ذلك، كما لا يتعلق بسائر أموال المولى، فأما إذا كان على العبد دين وقت الأخذ، فقد أخذ ما ليس له حق الأخذ؛ لأنه كسب عبده المديون، فلم يصح أخذه، ولم يلتحق ذلك بسائر أموال المولى، بل بقى كسبًا للعبد على حاله، فيتعلق به

دين العبد كما لو أخذ أجنبيّ ذلك من يد العبد.

١٨٨٥٥- ولو كان على العبد دين خمسمائة، وفي يده ألف درهم، فأخذ المولى منه الألف بكمالها واستهلكها، ثم لحق العبد دين يأتي ذلك على رقبتها، وعلى جميع ما قبض المولى منه، فالمولى يغرم الألف كلها، وكان ينبغي أن لا يغرم الألف كلها، ويغرم قدر خمسمائة؛ لأنه حين قبض الألف كان نصفها فارغًا عن الدين، ونصفها مشغولا بالدين، ولو كان الكل فارغًا عن الدين كان لا يتعلق به دين يلحق العبد بعد ذلك، ويسلّم جميع ذلك للمولى.

ولو كان الكل مشغولا بالدين لكان لا يسلم للمولى شيء من ذلك، وإذا كان النصف مشغولا والنصف فارغًا يعطى لكل نصف حكم نفسه.

والجواب: أن نقول: بأن جميع الألف وقت الأخذ مشغولا بالدين حكمًا، وإن كان النصف فارغًا عن الدين حقيقة، وهذا لأن الأصل في دينين اجتمعا على العبد المأذون أن يجعلا بحكم اتحاد الحالة، وهي حالة الإذن والإطلاق كأنهما وجبا معًا حتى لا يكون الأول مانعًا صحة الثاني كديني المريض إذا وجبا بالإقرار، وكديني الصحة في حق الحرّ، فإنهما يجعلان بحكم اتحاد الحالة كأنهما وجبا معًا من حيث الحكم حتى صحّا، وإن افترقا في الوجوب من حيث الحقيقة، كذا ههنا يجعل كأنهما وجبا معًا، فكان كل الألف مشغولا بالدين وقت الأخذ حكمًا من هذا الوجه، فيغرم المولى جميعًا لهذا.

توضيح: ما ذكرنا أنا لو جعلنا نصف الألف فارغًا عن الدين في الابتداء، لجعلنا جميعها مشغولة في الانتهاء، فجعلنا جميعها مشغولة من الابتداء قصرًا للمسافة.

بيانه: أنا إذا جعلنا نصفها فارغة، وسلّم ذلك للمولى ورد النصف الآخر، وأخذ الغريم الأول ذلك بعلة أنها كانت مشغولة بدينه، كان للغريم الثاني أن يشارك الغريم الأول في ذلك، فيأخذ منه نصفه، وذلك مائتان وخمسون؛ لأنه يقول: ديني ودينك في حق التعلق بكسب العبد على السواء، وليس للأول أن يحتج عليه بحكم السبق؛ لأن دين الأول مع دين الثاني بحكم اتحاد الحالة كأنهما وجبا معًا، وإذا شارك الثاني الأول فيما قبض، كان للأول أن يرجع على المولى بقدر ما أخذ منه؛ لأنه لم يسلم له

قدر ما كان مشغولا بدينه، ثم وثم إلى أن يؤخذ من المولى جميع ما أخذ، فجعلنا كل الألف مشغولا من الابتداء قصراً للمسافة.

١٨٨٥٦- وإن لم يلحق العبد دين آخر، فالمولى لا يغرم إلا خمسمائة؛ لما ذكرنا في وجه الإشكال، ولزوال المعنى الذى أوجب كل الألف فى الفصل الأوّل.

و إذا لحق العبد المأذون دين يأتى على جميع رقبته، وما فى يده، والمولى يأخذ منه الغلة لكل شهر، فهذا على وجهين: إما أن كان ما أخذ المولى غلة مثله لكل شهر، أو كان أكثر من غلة مثله لكل شهر، ففى الوجه الأول: يسلّم للمولى ذلك استحسانًا، وفى الوجه الثانى: يسلّم له مقدار غلة مثله استحسانًا، ويردّ الفضل والقياس أن لا يسلّم له شىء من ذلك؛ لأن هذا كسب العبد المأذون المديون، ألا ترى أنه لا يسلّم له الفضل على غلة مثله، فلا يسلّم له قدر غلة المثل أيضًا.

توضيح ما قلنا: إن دين العبد كما يتعلق بكسب العبد يتعلق برقبته، ثم لا يسلّم للمولى شىء من رقبته، إذا كان الدين محيطًا بالرقبة، فكذا لا يسلّم له شىء من الكسب، إذا كان الدين محيطًا بالكسب.

وجه الاستحسان: أن كسب العبد المأذون إنما لم يسلّم للمولى إذا أخذه المولى بغير عوض، أما إذا أخذه بعوض يعدله يسلّم له.

ألا ترى أن المولى إذا باع شيئًا من مال من عبده المديون بمثل قيمته، يصح ويسلم للمولى قيمته ما أخذه من كسبه ثمنًا؛ لأنه أخذه بعوض يعدله.

وكذلك المولى إذا آجر عبداً من عبيده من عبده المديون بأجر المثل يصحّ، ويسلم للمولى ما أخذه من كسبه أجرًا؛ لأنه أخذه بعوض يعدله.

قلنا: وما أخذ من غلة المثل أخذها بعوض يعدلها، وهو ما ترك على العبد من استخدامه، فإن للمولى استخدام عبد المديون بحكم الملك، وحق الغرماء لا يمنعه عن ذلك؛ لأن الحق لا يكون أعلى حالا من الملك.

ثم ملك الغير لا يصلح[1] مانعًا له عن الاستخدام، بأن كان العبد مشتركًا بينه وبين

(١) هكذا فى "ظ" و"م"، وكان فى الأصل و"م": الغرماء يصلح.

غيره، فالحق أولى، ويأخذ الغلة ترك الاستخدام عليه، وإنه يصلح عوضًا عن غلة مثله، فإنه يتمكن من التقلب والتصرّف، وتحصيل المال لنفسه فى هذه المدة مثل ما أخذ المولى منه، فكان بمقدار غلة المثل أخذًا العوض فيصح، بخلاف ما زاد على غلة المثل؛ لأنه أخذ بغير عوض، وبخلاف بعض الرقبة؛ لأنه لو يسلم له شيء من الرقبة يسلم بغير عوض، فهذا هو الفرق.

ومما يتّصل بهذا الفصل:

١٨٨٥٧- إذا أذن لأمته فى التجارة، فلزمها الديون، ثم ولدت ولدًا، هل يسرى الدين إلى ولدها؟ حتى يباع ولدها بالدين كالأم، فهذا على وجهين: إما أن ولدت بعد ما لحقها الدين، أو ولدت قبل أن يلحقها الدين، ثم لحقها الدين بعد ذلك، فإن ولدت بعد ما لحقها الدين، فإنه يسرى الدين إلى ولدها، ويباع الولد معها فى الدين، إلا أن يفديهما المولى؛ لأن دين الأمة حق ثبت فى رقبة الأمة ثبوتًا مؤكدًا، فيسرى إلى الولد كحق الكتابة والتدبير والرهن.

وإنما قلنا: ذلك، أما ثبوت الدين فى رقبة الأمة بدليل أن للغرماء حق المطالبة ببيع رقبتها بدينهم، وبدليل أن المولى صار ممنوعًا عن بيع رقبتها بغير رضا الغرماء، والتقريب ما ذكرنا، وهذا بخلاف ولد المستأجرة والعارية، فإنه لا يسرى إليه حكم الإجارة والعارية، وأما ولد العارية فلأن حق المستعير ثابت فى منفعة الأمة فى رقبتها؛ لأن العارية لتمليك المنفعة لا العين، والولد متولد من العين لا المنفعة، فلا يسرى إليه حكم ثبت فى العين[1]، ولأن العارية ليست بحق متأكد، ألا ترى أن المعير بسبيل من إبطاله متى شاء، وأما ولد المستأجرة فلأن حق الإجارة ثابت فى المنفعة، لا فى العين والتقريب ما ذكرنا فى العارية.

وبخلاف ولد الجانية، فإنه لا يسرى إليه حكم الأم، حتى إن المولى إذا اختار دفع الأمّ إلى ولى الجناية، لا يلزمه دفع الولد؛ لأن حق ولى الجناية ما ثبت فى ذمة الجانية؛ لأن حقه فى أحد الشيئين: إما تمليك الجانى، وإما تمليك الفداء، وأيًّا ما كان، فذاك فى

(١) وفى "م": المنفعة.

ذمة المولى، والجانية محل أداء ما وجب فى ذمة المولى، متى أراد تمليك الجانية، وإذا لم يكن حق ولى الجناية ثابتًا فى الجانية لا يسرى إلى ولدها، ولا كذلك مسألة الدين على ما ذكرنا، وقد قال بعض مشايخنا: إن حكم الجانية يسرى إلى الولد.

و حكى عن القاضى الإمام جمال الدين خالى أحمد رحمه الله: أنه قال: ذكر الحاكم الشهيد فى "المختصر": أن حكم الجناية يسرى من الأم إلى الولد، وهكذا ذكر شيخ الإسلام فى "شرح السير الكبير" فى باب ما يحرزه العدو، فيأخذه المالك القديم بالثمنين، أو بالثمن الآخر، ثم فرق بين كسب المديونة وبين ولدها، فقال: يتعلق دينها بكسبها ما دام الكسب فى يدها، سواء اكتسبت قبل لحوق الدين أو بعده.

وقال: فى الولد إن حدث بعد لحوق الدين يتعلق الدين به، وإن حدث قبل لحوق الدين، ثم لحقها الدين لا يتعلق الدين به، والولد من كسبها؛ لأنه حصل بصنعها، وإليه أشار عليه الصلاة والسلام فى قوله: «وإن ولده لمن كسبه».

١٨٨٥٨- والفرق أن الدين لو تعلق بالولد الحادث قبل لحوق الدين، فإما أن يتعلق بحكم السراية من الأم إلى الولد، أو بحكم أن الولد من كسبها، ولا يجوز أن يتعلق بحكم السراية؛ لأنه حين[1] وجب الدين على الأمّ، كان الولد منفصلا عن الأمّ، والحق متى ثبت فى الأم بعد انفصال الولد منه لا يسرى إلى الولد كالكتابة والتدبير إذا وجد فى الأمّ بعد انفصال الولد، ولا يجوز أن يتعلق الدين باعتبار الكسبية؛ لأن الولد فى المعنى كسب مأخوذ فارغ عن الدين من حيث الحكم بدليل أنه لا يجوز لها أن تبيع ولدها، وإن كان فى يدها، وإذا كان كذلك، فقد تعذر القول بتعلق الدين بالولد الحادث قبل لحوق الدين بالاعتبارين جميعًا.

وإن كان الولد فى يدها، فبقى الولد فارغًا عن الدين، فكان سالمًا للمولى، بخلاف الكسب الحادث قبل لحوق الدين إلى ما دام فى يد العبد، فهو غير مأخوذ من العبد حقيقة وحكمًا.

أما حقيقة فلا إشكال، وأما حكمًا فلأنه يجوز بيعه كما يجوز بيعه للكسب الحادث بعد لحوق الدين.

---

(١) وفى الأصل: متى.

وإذا لم يصر مأخوذًا لا حقيقة ولا حكمًا، بقي كسبًا للعبد، فتعلق به دينه كالكسب الحادث بعد لحوق الدين.

قال: ولو ولدت ولدين: أحدهما قبل الدين، والآخر بعده، فإن الدين يلحق الولد الآخر، ولا يلحق الأول؛ لأنه لو وجد الولدان قبل حدوث الدين، ثم لحقها الدين لا يتعلق بهما شيء من دينها، ولو حدثا بعد لحوق الدين تعلق الدين بالولدين جميعًا، فإذا حدث أحدهما قبل لحوق الدين، والآخر بعده، كان لكل واحد منهما حكم نفسه -والله أعلم بالصواب-.

الفصل السادس
فى تصرّف المولى فى العبد المديون من البيع وأشباهه والتدبير والإعتاق وأشباههما

١٨٨٥٩- قال محمد رحمه الله: وإذا أذن الرجل لعبده فى التجارة، فاشترى وباع ولحقه ديون، فباعه المولى بغير رضا الغرماء، فالبيع باطل، هكذا ذكرنا فى "الأصل"، وإنما كان كذلك؛ لأن بيع المولى لو صح، بطل حق الغرماء فى الاستسعاء، والحق ملحق بالحقيقة فى حق إيجاب الصيانة، فوجب أن لا يصح بيع المولى صيانة لحقهم.

ثم إن محمدًا رحمه الله يقول فى الكتاب: البيع باطل، واختلف المشايخ فى تفسير قوله: إنه باطل، قال بعضهم: أراد بقوله: باطل، إنه سيبطل، وهذا لأن البيع موقوف على إجازة الغرماء، وللغرماء حق إبطاله صيانة لحقهم.

ومنهم من قال: أراد بقوله: باطل، إنه فاسد، بدليل أنه قال فى "الأصل": إذا أعتقه المشترى من المولى بعد القبض، أو دبّره، يصحّ ذلك منه، ويلزمه قيمته ولو كان أراد به الموقوف على الإجازة كبيع الفضولى لكان لا يملكه المشترى بعد القبض، وإنما كان هذا البيع فاسدًا؛ لأنه اجتمع فيه ما يوجب النفاذ، وما يوجب التوقف من حيث إن هذا البيع صدر عن المالك خاليًا عن شرط فاسد، وعن الخيار، والمالك طائع غير مكره يجب أن يكون نافذًا، ومن حيث إنه تعلق به حق مستحق للغير، ولم يوجد الرضا من صاحب الحق بهذا البيع، والحق يلحق بالحقيقة فى حق الأحكام يجب أن يتوقف، وإذا اجتمع فيه ما يوجب النفاذ، وما يوجب التوقف حكمنا بالفساد؛ لأن الفاسد بين النافذ والموقوف، فكان فى القول بالفساد عملا بالأمرين بقدر الإمكان.

وهذا كما قلنا: فى بيع المقايضة إذا هلك أحد العوضين قبل القبض أن الملك يفسد فى الآخر؛ لأنه اجتمع ما يوجب انفساخ العقد فى القائم، وما يمنع الانفساخ، من

حيث إن الهالك مبيع من وجه، يجب الانفساخ كما لو اشترى عينًا بدراهم، وهلك العين قبل القبض، ومن حيث إنه ثمن من وجه لا يجب الانفساخ، كما لو اشترى عبدًا بدراهم مشار إليها، وهلكت الدراهم قبل القبض، وبقى العين، وإذ اجتمع ما يوجب الانفساخ، وما يمنع الانفساخ، قالوا: بالفساد؛ لأن الفاسد قائم من وجه نظرًا إلى أصله، منفسخ من وجه نظرًا إلى وصفه، ليكون عملا بالأمرين إلا أن هذا العقد فى الفساد دون سائر العقود الفاسدة؛ لأن فساد سائر العقود، إما لإدخال شرط فاسد، أو لكون المالك مكرهًا على البيع، والبيع ههنا خالٍ عن الشرط الفاسد، والمالك غير مكره على البيع، إنما عدم الرضا من صاحب الحق لا غيره، فكان فساد هذا العقد بسبب عدم الرضا من صاحب الحق، فكان فى الفساد دون سائر العقود الفاسدة.

ولا بدّ وأن يكون له زيادة مزية على سائر العقود الفاسدة، فأظهرنا مزيته فى إفادته قبل القبض ملكًا موقوفًا، ثم قال: إلا أن يقضى المولى الدين من ماله، أو يكون فى الثمن وفاءً بديون الغرماء، فيأخذ المولى الثمن، ويدفعه إلى الغرماء قضاء لديونهم، فحينئذٍ لا يبقى للغرماء حق الفسخ؛ لأن حق الفسخ للغرماء لأجل ديونهم، ولم تبقَ ديونهم، فلا يبقى لهم حق الفسخ.

١٨٨٦٠- وإذا باع المولى العبد المأذون المديون بغير رضا الغرماء، وسلمه للمشترى[1]، ثم جاء الغرماء يطلبون العبد بديونهم، فأراد أن يفسخوا بيع المولى، وأحدهما غائب إما البائع أو المشترى.

أجمعوا على أن المشترى إذا كان غائبًا، والبائع حاضرًا مع العبد أنه ليس للغرماء أن يخاصموا البائع، ويفسخوا العقد معه؛ لأنه ليس للبائع فى العبد لا يد ولا ملك؛ لأنه زال ملكه، ويده بالبيع والتسليم، وصار الملك واليد للمشترى، وبهذا تبين أن الصحيح أن هذا العقد فاسد، وليس بموقوف، ألا ترى أنه أثبت الملك فى العبد للمشترى بالقبض.

وأما إذا كان المشترى حاضرًا مع العبد: قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا خصومة لهم مع المشترى، وقال أبو يوسف رحمه الله: لهم حق الخصومة مع المشترى،

(١) وفى الأصل: إلى المشترى.

فيخاصموه ويفسخوا العقد معه، ويبيعوا العبد بديونهم إلا أن يفديه المشترى، والمشترى إذا باع الدار التى اشتراها، ووجب فيها الشفعة، ثم غاب المشترى، فجاء الشفيع، وأراد أن يأخذ الدار من المشترى الثانى، إن أراد أن يأخذ بحكم الشراء الثانى، فله ذلك بالإجماع، وإن أراد أن يأخذها بحكم الشراء الأول، فهو على الاختلاف الذى ذكرنا.

والمولى إذا وجد الأمة المأسورة فى يد المشترى الثانى، وأراد أن يأخذها منه إن أراد أن يأخذها منه بحكم الشراء الثانى، فله ذلك بالإجماع، وإن أراد أن يأخذها منه بحكم الشراء الأول، فهو على الخلاف الذى ذكرنا.

فوجه قول أبى يوسف رحمه الله: إن المشترى ملك العبد بالقبض والتسليم، ألا ترى أنه لو أعتقه ينفذ عتقه، فوجب أن ينتصب خصمًا لمن يدعى حقًا فى هذا العبد، وإن تضمن ذلك، فسخ عقد جرى بينه وبين الغائب قياسًا على المشترى من الراهن، والمشترى من المستأجر، والمشترى من المشترى الذى قبض المشترى بغير إذن البائع، إذا جاء المرتهن، أو المستأجر، أو البائع، وأراد أن يخاصم المشترى الثانى بعد ما اشتراه، وقبضه كان له ذلك، وإن كان ينفسخ العقد الذى جرى بينه وبين الغائب، كذا ههنا.

وهذا لأن القضاء على الغائب بحق يتصل بالحاضر، حتى ينصب الحاضر خصمًا عن الغائب جائز، كما قالوا: فيمن ادّعى عينًا فى يدى رجل أنه اشتراه من فلان الغائب، وادّعى ذو اليد أن العين ملكه، وينتصب ذواليد خصمًا للمدعى، حتى لو أقام البينة على الشراء تقبل بينته، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب؛ لأنه ادّعى على الغائب حقًا متصلا بحق الحاضر، فكذا هذا، بخلاف ما لو كان البائع حاضرًا، والمشترى غائبًا؛ لأن البائع ليس بمالك للعبد، فلا ينتصب خصمًا لمن يدّعى حقًا فى العبد.

ولأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله: أنا لو جعلنا المشترى خصمًا للغرماء فى الابتداء أخرجناه من الخصومة فى الانتهاء، فلا نجعله خصمًا فى الابتداء قصرًا للمسافة.

بيانه: متى جعلنا المشترى خصمًا، وفسخ القاضى بيع المولى يعود العبد إلى قديم ملك البائع فى زعم الذى فى يده العبد، وهو المشترى، وفى زعم الغرماء؛ لما عرف أن

فسخ البيع بقضاء فسخ من كل وجه فى حق الناس كافةً، وإذا عاد إلى قديم ملك البائع بزعم الكل لايبقى المشترى خصمًا للغرماء بعد ذلك فيما هو المقصود من دعوى الغرماء؛ لأن الغرماء يدّعون الملك لأنفسهم؛ لأنهم يدّعون البيع بدينهم، أو استسعى العبد، وذواليد لا ينتصب خصمًا للمدّعى فى دعوى الملك إذا زعم المدّعى وذو اليد أن المدّعى به للغائب، كما فى مسألة دعوى الشراء من الغائب لا يبقى ذو اليد خصمًا للمدّعى إذا تصادق ذو اليد، والمدعى أن الملك فيه للغائب.

بخلاف مسألة الرهن والإجارة، ومسألة بيع المشترى الأول، وقد قبضه بغير إذن البائع؛ لأن الذى فى يديه متى انتصب خصمًا للمدّعى فى الا بتداء فى هذه المسائل لا يؤدى إلى أن لا يبقى خصمًا له فى الانتهاء؛ لأنه إذا صار خصمًا له، وفسد العقد الذى جرى بينه وبين الغائب، وعاد العبد إلى قديم ملك الغائب، يبقى ذو اليد خصمًا للمدّعى؛ لأن المدّعى يدّعى لنفسه اليد؛ لأنه كان فى يده، وقد نقض يده بغير حق، فهو يدّعى إعادة يده، ويجوز أن ينتصب ذو اليد خصمًا للمدعى فى دعوى اليد، وإن كان فى زعم المدّعى وصاحب اليد بأن الملك فيه للغائب، لا لذى اليد كالوديعة إذا غصبت من يد المودع، فإن الغاصب ينتصب خصمًا للمودع فيها، وإن كان فى زعمها أن الملك فيه للغائب.

أما ههنا الغرماء لا يدّعون اليد لأنفسهم فى العبد؛ لأن العبد لم يكن فى أيديهم إنما يدّعون الملك؛ لأنهم يدّعون بيع العبد، أو ا ستسعاءه، وذو اليد لا ينتصب خصمًا للمدّعى فى دعوى الملك، إذا كان فى زعم المدّعى، وصاحب اليد أن الملك فيه للغائب.

فلو أن الغرماء لم يقدروا على المشترى وعلى العبد، إنما قدروا على البائع، وأرادوا أن يضمنوا البائع قيمة العبد، فلهم ذلك لأن المولى بالبيع أتلف على الغرماء حقهم فى استسعاء العبد، فكان لهم أن يضمنوه قيمته.

ألا ترى أنه لو أتلف عليهم حقهم فى بيع العبد بالإعتاق، كان لهم أن يضمنوه قيمته، فكذلك إذا أتلف عليهم حقهم فى الاستسعاء، وكان المولى البائع خصمًا لهم فى

ذلك؛ لأن القيمة إنما تؤخذ من ملك البائع، ولا يتضمن أخذ الثمن[1] من البائع، فسخ عقد جرى بينه وبين الغائب، فانتصب البائع خصمًا فى ذلك، بخلاف ما إذا أرادوا أخذ العبد من البائع؛ لأن أخذ العبد من البائع يتضمن فسخ عقد جرى بينه وبين الغائب، فلم ينتصب البائع خصمًا فى ذلك، أما ههنا بخلافه، ثم إذا ضمن البائع قيمة العبد اقتسموها بينهم بالحصص يضرب كل واحد منهم بجميع دينه فى تلك القيمة؛ لأن القيمة بدل العبد، فتعتبر بالثمن الذى هو بدل العبد، ولو بيع العبد والثمن لا يفى بحقوق الغرماء، أليس أن كل واحد يضرب فى الثمن بجميع حقه؟ كذا ههنا.

وقال: وجاز البيع فى العبد، وسلم الثمن للمولى؛ لأن المولى لا يكون أشقى حالا من الغاصب، و الغاصب لو باع، ثم ضمن القيمة، جاز بيعه، وكان الثمن للغاصب، فكذلك هذا، ولم يكن للغرماء على العبد سبيل ما لم يعتق العبد، كما لو بيع العبد بدينهم، ولو أجازوا البيع، كان الثمن لهم، وبرئ البائع من القيمة؛ لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء.

١٨٨٦١- ولو باع المولى فى الابتداء بإذن الغرماء كان الثمن بينهم بالحصص، وبرئ المولى عن القيمة، فكذا إذا أجازوا فى الانتهاء.

وكان بمنزلة الغاصب إذا باع العبد المغصوب، ثم أجاز المالك البيع، والبيع قائم، جاز البيع، وبرئ الغاصب من الضمان، وكان الثمن للمغصوب منه، كما لو أذن له بالبيع فى الابتداء، فكذلك هذا.

فإن هلك الثمن فى يد البائع قبل أن يقبضه الغرماء من البائع، هلك من مال الغرماء، وبرئ البائع من القيمة؛ لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء، و لو كانوا أذنوا له بالبيع فى الابتداء، وهلك الثمن فى يده، هلك من مال الغرماء، وبرئ البائع عن القيمة، فكذلك هنا.

فإذا عتق العبد أتبعوه بجميع دينهم، وكان يجب أن لا يتبعوا العبد بقدر الثمن فى يده، إنما لا يتبعون بالباقى، وذلك لأن الغرماء لما أجازوا بيع المولى، صار المولى وكيلا عن الغرماء فى البيع.

---

(١) وفى "م": القيمة.

ألا ترى أنه برئ المولى من قيمة العبد، وألا ترى أن الثمن يكون أمانة فى يده، حتى لو هلك الثمن فى يد المولى، كان الهلاك على الغرماء، وإذا كان وكيلا عنهم، صار قبض المولى الثمن كقبض الغرماء.

ولو أن الغرماء قبضوا الثمن، ثم عتق العبد، فإنهم لا يتبعون العبد بقدر الثمن، وإنما يتبعونه بالباقى، فكذا إذا قبض المولى، وقبض المولى بمنزلة قبضهم.

والجواب عن هذا الإشكال: أن يقال: إن المولى فى البيع وكيل عن الغرماء من وجه، وليس بوكيل عن الغرماء من وجه، فاعتبرنا جانب المولى، أو جانب الغرماء، إن اعتبرنا جانب المولى، فلأن المولى من حيث إنه مالك للعبد لا يكون وكيلا عن الغرماء فى البيع؛ لأن الإنسان فيما يبيع ملكه، لا يكون وكيلا عن الغير، و من حيث إنه للغرماء حقّا فى هذا العبد، وقد باع حقهم بإذنهم، والحق ملحق بالحقيقة يكون وكيلا عنهم.

وإن اعتبرنا جانب الغرماء، فلأن الغرماء من حيث إنهم بمنزلة الأجانب عن هذا العبد من وجه؛ لأنهم ليسوا بمالكين لهذا العبد، لا يكون لإذنهم بالبيع عبرة، فلا يصير المولى وكيلا عنهم فى البيع، ومن حيث إن لهم حقّا فى هذا العبد، والحق ملحق بالحقيقة، كان لإذنهم عبرة، ويصير المولى وكيلا عنهم، و لهذا قلنا: إن المولى إذا باع عبده المديون بغير إذن الغرماء، يقف على إجازة الغرماء، كان الغرماء مالكين باعتبار مالهم من الحق.

وإذا قبضه المشترى قبل إجازة الغرماء ملكه المشترى، كان الغرماء ليسوا بمالكين، فكذلك هذا، فهو معنى قولنا: إن المولى فى بيع هذا العبد وكيل عن الغرماء من وجه، ومالك من وجه، والعمل بالأمرين فى حالة واحدة متعذّر؛ لما بين الحالتين من التنافى فى الأحكام، فإن بين كون الإنسان وكيلا، وبين كونه مالكًا تنافيًا، فعملنا بهما فى حالين، فاعتبرنا المولى وكيلا عن الغرماء فى البيع قبل عتق العبد، وجعلنا قبض المولى الثمن كقبضهم، واعتبرناه مالكًا بعد العتق، وجعلناه قابضًا الثمن لنفسه، لا للغرماء، وجعلنا للغرماء إتباع العبد بجميع الدين توفيرًا على الأمرين بقدر الإمكان إلا أنا اعتبرنا كونه مالكًا بعد عتق العبد، وكونه وكيلا عن الغرماء قبل عتق العبد ليمكننا العمل

بالشبهين؛ لأنا متى اعتبرناه وكيلا بعد عتق العبد، وجعلنا بعد عتق العبد قبض المولى الثمن كقبض الغرماء، و لم يثبت للغرماء الرجوع على العبد بمقدار الثمن لا يبقى لكونه مالكًا عبرة فى حكم ما[١]، فلهذه الضرورة اعتبرناه وكيلا قبل عتق العبد، ومالكًا بعد عتق العبد.

ولو أن الغرماء أجازوا البيع بعد ما هلك الثمن فى يد البائع، صحت الإجازة، وكان الهلك[٢] على الغرماء، وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا وجدت الإجازة من الغرماء حال قيام الثمن.

ووجه ذلك أن الإجازة لاقت عقدًا تامًا فصحت، وذلك لأن هلاك الثمن لا يوجب انفساخ البيع؛ لأن البيع ما كان متعلقًا بعينه، بخلاف هلاك المبيع قبل الإجازة، فإنما تمنع صحة الإجازة؛ لأن العقد كان متعلقًا بعينه، فإذا هلك قبل الإجازة انفسخ العقد، والإجازة لاقت عقدًا مفسوخًا، فأمّا بعد هلاك الثمن الإجازة لاقت عقدًا قائمًا فصحت، والإجازة متى صحت، صار كالإذن فى الابتداء، هكذا ذكر فى ظاهر الرواية.

١٨٨٦٢- وقد ذكر ابن سماعة فى "نوادره": أن الإجازة بعد هلاك الثمن لا تصح حتى لا يبرأ المولى من الضمان؛ لأن الإجازة بعد هلاك الثمن متى صحت من الغرماء، كان إجازة البيع بغير ثمن؛ لأنه لا يحصل لهم ثمن، والأمر من الغرماء ببيع العبد بغير الثمن باطل، وكذا يبطل الإجازة أيضًا بغير الثمن إلا أن الجواب عنه، إنما يصير إجازة بغير ثمن، أن لو كان العقد متعلقًا بالمقبوض، والعقد لا يتعلق بعين المقبوض.

ألا ترى أنه لو استحق الثمن المقبوض، فإن البيع لا ينتقض، فدل على أن البيع لم يتعلق بالثمن المقبوض، و إنما يتعلق بمثله دينًا فى الذمة، إلا أنه يصير المقبوض قصاصًا بالثمن، فيصير مقتضيًا للثمن، ولكن بعد الاقتضاء يعتبر الثمن باقيًا فى ذمة المشترى، حتى لو أبرأها البائع صح الإبراء إذا اعتبر باقيًا، فمتى صحت الإجازة لا تصير إجازة

---

(١) وفى "ف": فى حكمها.

(٢) وفى "ف": فى الهلاك.

بغير ثمن، بل تكون إجازة بثمن.

فإن اختار بعض الغرماء ضمان القيمة، واختار بعضهم الثمن، كان لهم ذلك؛ لأن السبب الموجب لحقهم فى الثمن قد وجد، وهو بيع موقوف على إجازتهم.

ألا ترى أن الكل لو أجازوا أجاز، و كان لهم الثمن، والموجب للقيمة قد وجد، وهو بيعه وتسليم من غير رضا الغرماء، وعجزه عن ردّ العبد، فإن تحقق السبب الموجب للأمرين، كان للبعض أن يختاروا القيمة، وللبعض أن يختاروا الثمن، و كان بمنزلة الغاصب إذا باع العبد المغصوب، وسلّمه إلى المشترى، وغيّبه المشترى، و العبد مشترك بين جماعة كان للبعض أن يجيزوا البيع، و يأخذ الثمن بقدر ما يحصّهم، وللبعض أن يأخذوا القيمة بقدر ما يحصّهم، فكذلك هذا.

وتكون فائدة هذا أن تكون القيمة أكثر من الثمن، ويكون للذين اختاروا القيمة حصتهم من القيمة، وللذين اختاروا الثمن حصتهم من الثمن، حتى لو كانوا أربعة، واختار واحد ضمان القيمة، فله ربع القيمة لا غيره، و للذين اختاروا الثمن ثلاثة أرباع الثمن، والباقى للمولى، وينفذ البيع فى جميع العبد؛ لأن فى ثلاثة أرباعه أجاز الغرماء البيع، وفى ر بع العبد ضمن المولى القيمة، وزال حق هذا الغريم، فينفذ بيعه فى الكل.

وهذا بخلاف ما لو كان المشترى والبائع حاضرين، والعبد قائم فى يد المشترى، فأجاز بعضهم البيع، و أبطله بعضهم كان الإبطال أولى، ولم يجز البيع فى شىء من العبد، وإن كان للغرماء كلهم أن يجيزوا ويأخذوا الثمن، ولهم أن لا يجيزوا البيع، حتى لا يبطل حقهم فى السعاية، ثم إذا جاز البعض، و لم يجز البعض لا يكون للإجازة عبرة، و ذلك[1] لأن الذين لم يجيزوا بيع المولى، لا يكون لهم تضمين المولى حصته من القيمة؛ لأن المولى قادر على ردّ العبد، وما دام المولى قادرًا على ردّ العبد لا يكون للغريم تضمين القيمة، كما فى الغاصب، وإذا لم يكن له تضمين القيمة لا يمكننا أن تجوز بيع المولى فى الكل، بل يجوز فى البعض، ويبطل فى البعض، وفى ذلك ضرر على المولى؛ لأنه يثبت الشركة فى العبد بينه وبين المشترى متى جاز البيع فى بعض العبد، ولم يجز فى البعض، والشركة فى الأملاك المحضة عيب.

---

(١) وفى "ظ": وكذلك.

وإذا كان في تجويز البيع في بعض العبد، وإبطاله في البعض ضرر على المولى، لم يمكن الجمع بين الأمرين، فبعد هذا إما أن نجيز البيع في الكل، أو نفسخه في الكل نفيًا للضررين عن المولى، فكان الفسخ أولى على ما عرف أن الفسخ والإجازة متى اجتمعا كان الفسخ أولى من الإجازة؛ لأن الفسخ يرد على الإجازة، والإجازة لا تردّ على الفسخ، و إذا انفسخ البيع صار الحال بعد البيع كالحال قبله، وقبل بيع المولى إذا طلب الغرماء من القاضي أن يبيعوا عبده بدينهم، باعه القاضي بدينهم، فكذلك هذا.

أما في هذه المسألة المولى عاجز عن ردّ العبد، فكان للغريم تضمين القيمة، فيمكن تنفيذ بيع المولى في كل العبد، فلو أن الغرماء قدروا على البائع والمشترى، و لم يقدروا على العبد، فلهم الخيار إن شاؤوا ضمنوا البائع قيمة العبد، وإن شاؤوا ضمنوا المشترى، و ذلك لأن المولى في حق الغرماء كالغاصب، والمشترى كغاصب الغاصب، وكان للغرماء الخيار، و اعتبر بما لو حصل هذا الغصب من المالك، وقد غيب الغاصب الثاني العبد كان المالك بالخيار، فكذلك للغرماء ههنا.

فإن ضمنوا المشترى قيمة العبد، يرجع المشترى على البائع بالثمن الذي نقده لوجهين: أحدهما: أنه لما أخذ من المشترى قيمة العبد، والقيمة على العين، فكأنه أخذ منه عين العبد، ولو أخذ الغرماء عين العبد من يد المشترى، كان للمشترى أن يرجع بالثمن على البائع؛ لأنه استحق المشترى من البائع، فكذا إذا أخذوا منه الثمن[1].

والثاني: أن الغرماء لما ضمنوا المشترى قيمة العبد، فقد ملك المشترى العبد من جهة الغرماء؛ لأن الغرماء بمنزلة الملاك لهذا العبد، ولهذا توقف بيع المولى على إجازتهم، وإذا صار المشترى كالمتلقى للملك من جهة الغرماء، انتقض بيعه الذي جرى بينه وبين البائع، وخرج البائع من الوسط، وجرى بين المشترى و بين الغرماء بأخذ القيمة منه شراء حكمي، فيعتبر بما لو جرى بين الغرماء، والمشترى شراء قصدي ولو جرى بينهم وبين الغرماء شراء قصدي يثبت بينهم جميع أحكام الشراء من الرد بالعيب وغيره، فكذلك هذا.

وإن اختاروا تضمين المولى قيمة العبد جاز البيع فيما بينه وبين المشترى، و ذلك

(١) هكذا في "ظ"، وكان في غيرها: القيمة.

لأن المولى باع ملك نفسه إلا أنه توقف بيعه لحق الثالث، وهو حق الغرماء، فإذا ضمن قيمة العبد للغرماء، فقد فرغ العبد عن حقهم، فصار بائعًا عبدًا فارغًا، فنفذ بيعه وسلم الثمن له؛ لأنه وصل إليهم بدل العبد مرة، وهو القيمة، فلا يكون لهم على الثمن سبيل؛ لأنه ليس لهم أن يستوفوا بدل العبد مرتين، وكان كالغاصب إذا باع، ثم ضمن، نفذ بيعه، وسلم الثمن له، فكذلك هذا.

وأيهما اختار الغرماء ضمانه برئ الآخر براءة مؤبّدة بحيث لا يعود الضمان إليه أبدًا؛ لما ذكرنا أن المولى بمنزلة الغاصب، والمشترى بمنزلة غاصب الغاصب من جهة الغرماء، فيعتبر بالغاصب من جهة المالك والحكم فى الغاصب من جهة المالك أن المالك متى اختار تضمين أحدهما برئ الآخر براءة مؤبّدة، كذا ههنا.

١٨٨٦٣- فإن أخذ الغرماء القيمة من البائع، أو من المشترى، ثم ظهر العبد، فأرادوا أن يأخذوا العبد، ويردّوا القيمة على من أخذوا منه القيمة ينظر إن أخذ الغرماء القيمة بزعم أنفسهم بأن ادّعوا أن قيمة العبد كذا، وأنكر الذى اختار الغرماء تضمينه، فأقاموا البينة على ما أدّعوا من القيمة، أو استحلفوا، نكل، فلا سبيل لهم على العبد، وإن أخذوا القيمة بزعم الضامن بأن ادّعى الضامن أن قيمته كذا دون ما ادّعى الغرماء، وحلف على ذلك، و لم يكن للغرماء بينة كان لهم أن يأخذوا العبد؛ لأن الغصب لو حصل من المالك، وضمن الغاصب المالك، ثم ظهر العبد كان الجواب على هذا التفصيل، إن أخذ المالك القيمة بزعمه لا سبيل له على العبد، وإن أخذ القيمة بزعم الغاصب، كان له الخيار على ما عرف فى تلك المسألة، فكذا إذا حصل الغصب من صاحب الحق، وهم الغرماء؛ لأن الحق يلحق بالحقيقة.

ثم إذا اختاروا أخذ القيمة من المولى، وأخذ القيمة منه، ثم ظهر العبد، واطلع المشترى على العيب بالعبد، وردّه على المولى البائع بقضاء القاضى، فالمولى هل يردّ العبد على الغرماء بهذا العيب، فهذا على وجهين: الأول: إذا لم يكن المولى البائع عالـمًا بالعيب وقت بيعه من المشترى، وفى هذا الوجه إن كان العيب عيبًا لا يحدث مثله، وقد ردّ عليه بالبينة، أو بنكوله، أو بإقراره، ردّه على الغرماء، وإن كان العيب عيبًا يحدث مثله، وقد ردّ عليه بالبينة، أو بنكوله، ردّه على الغرماء وإن ردّ عليه بحكم

إقراره لا يردّه على الغرماء إلا أن يقيم البينة أن هذا العيب كان بالعبد قبل شراء هذا المشترى، أو يستحلفهم على ذلك، فينكلوا، و إنما كان كذلك؛ لأنه جرى بين البائع وبين الغرماء بأخذ القيمة شراء حكمى، فيعتبر بما لو جرى بين المولى البائع، و بين الغرماء وشراء قصدى.

ولو كان جرى بينه وبين الغرماء شراء قصدى، و قد باع العبد من غيره، ثم ردّ عليه بالعيب بقضاء كان الجواب على التفصيل الذى قلنا، كذا ههنا.

١٨٨٦٤- الوجه الثانى: أن يكون المولى البائع عالـمًا بالعيب وقت البيع من المشترى، وهذا الوجه على قسمين: إن كان القاضى قضى عليه بقيمة العبد معيبًا[1]، فليس له أن يردّ العبد على الغرماء، وإن كان القاضى قضى عليه بقيمته صحيحًا، فله أن يردّه على الغرماء، إذا كان العيب عيبًا لا يحدث مثله، أو يحدث إلا أنه ردّ عليه بالبينة، أو بنكوله.

معنى هذه المسألة أن الغرماء حين أرادوا أخذ العبد[2] من المولى، قال: إن هذا العبد معيب بعيب كان به وقت بيعى إياه من المشترى، فصدّقه الغرماء فى ذلك، وضمنوه قيمته معيبًا، أو كذبوه، وقالوا: لا، بل العبد كان سليمًا وقت بيعك إياه من المشترى، و إنما حدث العيب فى يدى المشترى.

قلنا: حق تضمينك قيمته صحيحًا، و ضمنوه قيمته صحيحًا، فالحكم ما ذكرنا، وكان ينبغى أن لا يكون له حق الردّ على الغرماء فى هذا الوجه أيضًا؛ لأنه لما ضمن القيمة للغرماء مع علمه بالعيب، فقد انعقد بينه وبين الغرماء شراء حكمى مع العلم بالعيب، و لو انعقد بينه وبين الغرماء شراء قصدى مع العلم بالعيب، لا يكون له حق الردّ على الغرماء، فإن من اشترى شيئًا مع علمه بالعيب، كان صحيحًا، لا يكون له حق الردّ على بائعه.

والجواب عن هذا أن يقال: بأن من حجة المولى أن يقول: بأنى وإن كنت عالـمًا بالعيب إلا أنه سقط اعتبار علمى بالعيب لما ضمننى القاضى قيمة العبد صحيحًا، ولم

(١) وفى "ظ": معينًا.

(٢) هكذا فى "ظ"، وفى غيرها: "القيمة" مكان "العبد".

يلتفت إلى قولى: إن العبد معيب بعيب كان به وقت بيعى إياه من المشترى، بل جعل القول قول الغرماء: إن العيب حدث عند المشترى، و هذا لأن المولى مع الغرماء اتفقوا على صحة العبد، وعلى تعلق حق الغرماء به، وهو صحيح، وعلى حدوث العيب بعد ذلك غير أن المولى يدّعى حدوثه قبل البيع من المشترى، والغرماء يدّعون حدوثه بعد البيع، والتسليم فى يد المشترى، فالغرماء يدّعون حدوثه لأقرب الأوقات، وهو الأصل فى الحوادث، فيكون القول قولهم، وإذا صار القول قول الغرماء، وألزم القاضى المولى قيمته صحيحًا لم يلتفت إلى علم المولى بقيام العيب به وقت البيع، فسقط اعتبار علم المولى، وصار وجوده والعدم بمنزلة، ولو عدم علمه بالعيب كان له حق الردّ على الغرماء، كما فى الشراء الحقيقى، كذا ههنا، بخلاف ما إذا ضمّنوه قيمة العبد معيبًا؛ لأن هناك لم يسقط اعتبار عمله بالعيب، فصار مشتريًا العبد مع العلم بالعيب، فلهذا افترقا.

١٨٨٦٥ - وإن كان الغرماء حين أخذوا القيمة من المولى، وظهر العبد فى يد المشترى، و اطلع على عيب قديم بالعبد، فلم يردّه على المولى، حتى تعيب عنده[1] بعيب آخر، لا يكون للمشترى حق الردّ على المولى، و لكن يرجع عليه بنقصان العيب.

وإذا رجع على المولى بنقصان العيب، ليس للمولى أن يرجع على الغرماء بنقصان العيب، ذكر المسألة فى هذا الكتاب من غير ذكر خلاف.

بعض مشايخنا: قالوا: هذا على قول أبى حنيفة، أما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: له أن يرجع على الغرماء بنقصان العيب.

قالوا: وقد نصّ على هذا الخلاف فى بعض نسخ هذا الكتاب، وقاسوا هذه المسألة على مسألة ذكره فى كتاب الصلح.

وصورتها: رجل اشترى من آخر عبدًا، و قبضه وباعه من غيره، فوجد المشترى الثانى بالعبد عيبًا، فقبل أن يردّه، مات فى يده، فالمشترى الثانى يرجع بنقصان العيب على بائعه بالإجماع، و بائعه لا يرجع على بائعه عند أبى حنيفة رحمه الله، و عندهما يرجع.

---

(١) وفى "ف" و"م": عبده.

ومنهم من قال: لا، بل ما ذكر ههنا قول الكل، فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يحتاجان إلى الفرق بين هذه المسألة، وبين مسألة كتاب الصلح.

ووجه الفرق أن في هذه المسألة للغرماء أن يقولوا للمولى: إنما لزمك هذه الغرامة بطيب من نفسك، فإنه يمكنك أن تقبل العبد مع العيب، فترد عليّ كذلك، وأنا أقبله منك، فلاتلزمك هذه الغرامة، فحيث لم تقبل العبد، فقد التزمت هذه الغرامة بطيب نفسك، فلايكون لك أن تلزمني إياها.

أما في مسألة كتاب الصلح: العبد قد مات، فلا يمكن للبائع الإقرار أن يقول للمشتري الأول: كان عليك أن تقبل العبد، وتردّه عليّ، وأنا أقبله منك، فقد لزمه هذه الغرامة على كره منه، لا باختياره، فيكون له حق الرجوع، فهذا هو الفرق.

١٨٨٦٦- وإذا باع العبد المأذون المديون مع علمه بالديون لا يصير مختارًا للديون، بخلاف ما إذا باع العبد الجاني مع العلم بالجناية، حيث يصير مختارًا للفداء.

والفرق أن البيع مع العلم دلالة الإمساك والاختيار، ولو نصّ على اختيار الفداء عن الجناية في العبد، يلزمه؛ لأن موجب جناية العبد على الولي، هذا إذا باع المولى العبد المأذون من غير إذن الغرماء، فأمّا إذا باعهم بإذن الغرماء، نفذ بيعه؛ لأن المانع من نفاذ بيعه بطلان حق الغرماء في الاستسعاء، وإذا أذنوا له بالبيع، فقد رضوا ببطلان حقهم في الاستسعاء، فزال المانع من نفاذ بيع المولى، فنفذ، فإن قبض المولى من البائع الثمن، وضاع في يده، ثم وجد المشتري بالعبد عيبًا، فالخصم في ذلك المولى البائع، كأنه وكيل بالبيع من جهة الغرماء، فيعتبر بما لو كان وكيلا بالبيع من جهة المالك، وهناك العهدة عليه، كذا ههنا.

فإن ردّ المشتري العبد على المولى ينظر بعد ذلك إن كان عيبًا لا يحدث مثله، أو يحدث، ولكن ردّه عليه ببينة، أو نكول، فقد انفسخ العقد من كل وجه، وعاد حقوق الغرماء في العبد، كما كانت إلا أن في هذه الصورة ازداد حق آخر، وهو حق المشتري الردّ، وحقه مقدم على حقوق سائر الغرماء؛ لأن العبد كان محبوسًا بحقه مع تعلق حق الغرماء، فيبيعه المولى بإذن الغرماء، فإذا باعه، وأخذ الثمن، ينظر إن كان الثمن الثاني أكثر من الثمن الأول، أعطى المشتري من ذلك حقه، والفضل يكون للغرماء، وإن كان

الثمن أقلّ، فالمولى يغرم للمشترى دين مال نفسه إلى تمام حقه؛ لأن العهدة عليه لكونه وكيلا، ثم يرجع على الغرماء بما ضمن للمشترى، وإن كان العيب عيبًا يحدث مثله، وقد ردّ على المولى بحكم إقراره، و باع المولى العبد، والثمن الثانى أقلّ، وضمن المولى النقصان للمشترى من مال نفسه، لايرجع إلى الغرماء بذلك إلا أن يقيم المولى بينة أن هذا العيب كان قديمًا، أو حلف الغرماء ونكلوا، فحينئذٍ يرجع عليهم بما غرم للمشترى، وهذا لما ذكرنا أن المولى وكيل من جهة الغرماء بالبيع، فيعتبر بما لو كان وكيلا من جهة المالك، والوكيل بالبيع من جهة المالك، إذا ردّ عليه المبيع بعيب يحدث مثله بإقراره، فالمردود يلزم الوكيل، و لا يكون له حق الردّ على الموكل إلا أن يقيم البينة، أن هذا العيب كان قديمًا، أو يحلف الموكل فينكل، فكذا ههنا.

ثم الغرماء إنما يحلفون على علمهم بالله ما يعلمون أن المولى باع هذا العبد، وسلّم، وبه هذا العيب؛ لأنهم يحلفون على فعل الغير، والتحليف على فعل الغير يكون على العلم، ولو كان المشترى حين ردّ العبد على المولى البائع مات العبد فى يده قبل أن يبيعه ثانيًا للمشترى، فالمولى يغرم الثمن للمشترى؛ لأن العهدة عليه، وهذا من جملة العهدة، وهل يرجع بما غرم على الغرماء؟ إن كان العبد ردّ على المولى بعيب لا يحدث مثله، أو بعيب يحدث مثله، ولكن بالبينة، أو بالنكول، رجع على الغرماء، وإن كان الردّ بعيب يحدث مثله بإقراره لا يرجع على الغرماء، إلا إذا أقام البينة على أنه باع هذا العبد، و به هذا العيب، أو حلف الغرماء بالله ما يعلمون أنه باع هذا العبد، و سلّم إلى المشترى، وبه هذا العيب ونكلوا، فحينئذٍ كان لهم الرجوع على الغرماء بالثمن.

١٨٨٦٧- وهذا كله إذا كان الردّ على المولى بقضاء القاضى، فإن كان الردّ عليه بغير قضاء، فإن كان عيبًا يحدث مثله، فلا سبيل للمولى على الغرماء باتفاق الروايات، وإن كان عيبًا لايحدث مثله، فعلى رواية المأذون والرهن: لا يرجع على الغرماء، و على رواية البيوع: يرجع على الغرماء، كما فى الوكيل بالبيع من جهة المالك، وهذا لأن الردّ بالعيب بغير قضاء إقالة، والإقالة بيع جديد فى حق الثالث، والغرماء ثالثهما، فصار فى حق الغرماء كأن المولى اشترى العبد ثانيًا من المشترى، و مات فى يده قبل أن يبيعه المشترى، و هناك المولى يغرم الثمن للمشترى، و لا يرجع على الغرماء بشىء إذا

كان عيبًا يحدث مثله باتفاق الروايات، وإذا كان عيبًا لا يحدث مثله على اختلاف الروايتين، كذا ههنا.

فرع على ما إذا كان الردّ على المولى بغير قضاء، فقال: لو لم يمت العبد فى يد المولى، فالعبد للمولى، ولا سبيل للغرماء على العبد، ويغرم المولى للمشترى الثانى(١)، ولو أراد الغرماء بيع العبد، وفى ثمنه فضل على الثمن الأول، فليس للغرماء ذلك؛ لأن هذا الردّ اعتبر بيعًا جديدًا فى حق الغرماء، فصار فى حق الغرماء، كأن المولى اشتراه ثانيًا من المشترى، وهناك العبد يسلم للمولى، و لا يكون للغرماء على بيعه سبيل، فههنا كذلك.

١٨٨٦٨- هذا إذا كان الدين على العبد حالا، فأمّا إذا كان مؤجّلا، فباع المولى العبد بغير رضاء الغرماء، فبيعه جائز، وليس للغرماء نقضه؛ لأن هذا بيع صدر من المولى قبل ثبوت حق الغرماء فيجوز، كما لو صدر قبل وجوب الدين.

بيانه أنه صدر قبل ثبوت حق الغرماء أن حق البيع والاستسعاء للغرماء غير ثابت للحال، إنما ثبت بعد محل الأجل، والمانع من نفاذ بيع المولى ثبوت حق الاستسعاء لهم فى الحال، لا مجرد وجوب الدين.

ألا ترى أن المحجور لو أقرّ بدين صح إقراره، ووجب عليه الدين، حتى يؤاخذ به بعد العتق، و لو باعه المولى جاز بيعه، بخلاف ما إذا كان الدين حالا و باعه؛ لأنه باع بعد ثبوت الحق لهم، فإن الدين متى كان حالا، كان للغرماء حتى البيع أو الاستسعاء للحال، و متى باع بغير إذن الغرماء، فقد أبطل عليهم حقهم فى الاستسعاء، فكان لهم نقضه، وكان كالحرّ إذا وجب عليه دين مؤجل، فأراد أن ينشئ سفرًا ليس للغرماء أن يمنعوه من ذلك؛ لأنه بهذا السفر ليس يبطل حقهم فى المطالبة والاستسعاء، إذ ليس لهم حق المطالبة والاستسعاء قبل حلول الأجل، فلم يكن لهم أن يمنعوه من ذلك.

ولو كان الدين حالا، كان للغرماء أن يمنعوه من إنشاء السفر؛ لأنه بهذا السفر يريد إبطال حقهم فى المطالبة والاستسعاء، فكان للغرماء منعه من ذلك، فكذا هذا، فإن حل الأجل ضمن المولى قيمة العبد للغرماء، ولم يكن للغرماء ردّ البيع بعد حلول الدين،

(١) وفى "م" والأصل: الثمن.

وذلك لأن بيع المولى وجد قبل ثبوت حق الغرماء، لكن بعد سبب ثبوت حقهم، فإن سبب ثبوت حق الغرماء فى العبد فى البيع أو الاستسعاء، والدين واجب على العبد وقت البيع ؛ لأن الأجل يؤخر المطالبة، ولا يمنع وجوب الدين، فكان بيع المولى قبل ثبوت حق الغرماء، [ولكن بعد سبب ثبوت حقهم، ولو باع العبد قبل ثبوت حق الغرماء، وقبل سبب][(١)] ثبوت حقهم لا يضمن قيمة العبد لأحد، وجاز بيعه، كما لو باعه قبل وجوب الدين، ولو باع بعد سبب ثبوت حقهم، وبعد ثبوت حقهم بأن كان الدين حالا، كان للغرماء ردّ البيع، وتضمينه قيمة العبد متى لم يقدروا على أخذ عين العبد، فإذا باع بعد سبب ثبوت حقهم قبل ثبوت حقهم.

قلنا : من حيث إنه باع قبل ثبوت حق الغرماء، ينفذ بيعه، ولا يكون للغرماء حق النقض، ومن حيث إنه باع بعد سبب ثبوت حقهم فى العبد، ضمن قيمة العبد بعد حلول الأجل، ليكون عملا بالأمرين بقدر الإمكان.

ونظير هذا ما ذكر محمد رحمه الله : فى عبد حفر بئرًا على طريق المسلمين، ثم باعه المولى، فوقع فيها دابة، قيمته ألف درهم فنفقت، حتى وجب لصاحب الدابة على العبد ألف درهم، ذكر : أن المولى يضمن قيمة العبد لصاحب الدابة، ولا يكون لصاحب الدابة ردّ البيع ؛ لأن المولى باع العبد بعد سبب ثبوت حق صاحب الدابة فى العبد، وهو الحفر ؛ لأن التلف حصل بالحفر، وإنه كان قائمًا وقت البيع، ولكن قبل ثبوت حقه ؛ لأن حقه إنما ثبت فى العبد عند حصول التلف، وقد حصل البيع قبل التلف، فوجب القيمة على صاحب العبد بسبب البيع ؛ لأنه باع بعد سبب ثبوت الحق لصاحب الدابة، ولم يثبت له حق النقض ؛ لأنه باع قبل ثبوت الحق له، فكذلك هذا.

وإذا نفذ بيع المولى لم تعمل إجازة الغرماء ؛ لأن الإجازة إنما تلحق الموقوف، لا النافذ، وبيع المولى نافذ غير موقوف، فلا يعتبر الإجازة من الغرماء، ويكون الثمن سالمًا للمولى، أجازوا أو لم يجيزوا، وهذا بخلاف المريض إذا وهب عبده وعليه دين، ولا مال له غير العبد، وسلمه إلى الموهوب له، ثم مات من مرضه ذلك، كان للغرماء نقض الهبة، وإن كان هبة المريض بعد سبب ثبوت حقهم قبل ثبوت حقهم ؛ لأن حق

(١) ما بين القوسين فى الأصل و "ف" و "م" فقط.

الغرماء إنما يثبت فى مال المريض بالموت، والموت غير ثابت للحال، إلا أن سببه، وهو المرض ثابت، فإن المرض سبب الموت، فكان هبة المريض حاصلا قبل تعلق حقهم بماله، لكن بعد سبب ثبوت الحق، وقد حكم بنقض الهبة هنالك، ولم يحكم بنقض البيع هنا.

والجواب عنه: أن فى مسألة المرض تعذر إيجاب القيمة على المريض بعد موته، وتعذر إيجاب القيمة على الموهوب له ما دام العبد فى يده؛ لأنه قادر على الردّ، فمتى لم يثبت للغرماء حق النقض باعتبار أن هبة المريض حصلت قبل تعلق حقهم، أدّى إلى إبطال حقهم فى الدين أصلا، ومتى نقضنا الهبة أبطلنا ملك الموهوب له فى العبد، وكان إبطال ملك الموهوب له أولى؛ لأن ملكه فى العبد يثبت بغير عوض، وملك الغريم فى الدين إنما يثبت بعوض، وإبطال ملك حصل بلا عوض أقل ضررًا من إبطال ملك حصل بعوض، فلهذا أثبتنا للغرماء حق النقض.

فأما هنا أمكن إيجاب القيمة على المولى من حيث إنه باع العبد بعد ما ثبت سبب حقهم؛ لأن المولى متى قدر على أداء القيمة بعد ما عجز عن ردّ العين، فلم يضطرّ إلى إثبات حق النقض لهم، وبيعه حصل قبل ثبوت حقهم.

١٨٨٦٩ - قياس مسألتنا من مسألة المريض أن لو أمكن إيجاب القيمة على الموهوب له، بأن باع من غيره، أو وهب فسلّم، وهناك لا يثبت للغرماء حق نقض هبة المريض؛ لأنه وجب قبل تعلق حقهم بالعبد، وكذلك لو أن المولى وهب العبد قبل أن يحل الدين، وقبض الموهوب له، فالهبة جائزة؛ لأنه لما جاز بيعه قبل حلول الأجل جاز هبته أيضًا، بل أولى؛ لأن الهبة أسرع جوازًا من البيع، حتى صحت الهبة مع الشروط الفاسدة، ولا يصح البيع، فإن حل الأجل، ضمن المولى للغرماء القيمة، ولم يكن للغرماء ردّ الهبة بعد حلول الدين؛ لما قلنا فى البيع.

وكذلك لو آجره المولى قبل حلول الدين جاز؛ لأنه لما جاز بيعه وهبته، وإنه يوجب إزالة العبد عن ملكه رقبته ومنفعته؛ لأن يجوز الإجازة، والإجازة لا توجب إلا ز وال ملك المنفعة أولى وأحرى، فإن حل الدين ولم تمض مدة الإجازة، كان للغرماء أن ينقضوا الإجازة، وذلك لأن الإجازة لو حصلت من المولى قبل ثبوت حقهم، وقبل سبب ثبوت حقهم، بأن آجر العبد، ولم يكن عليه دين أصلا، ثم لحقه دين قادح فى

مدة الإجازة، كان للغرماء أن ينقضوا الإجازة؛ لأن الإجازة مما ينقض بالأعذار، ولحوق الدين عذر؛ لأنه يجتمع فى العبد المستأجر حق الغريم وحق المستأجر، وتعذر إيفاء الحقين، فكان تقديم حق الغريم أولى؛ لأن حق الغريم فى المال، وحق المستأجر فى المنفعة، والمال خير من المنفعة؛ لأن المنفعة لا تبقى زمانين، والمال يبقى زمانين، والمنافع لا تورث، والمال يورث، والمنافع لاتضمن بالإتلاف، والمال يضمن.

وإذا كان حق الغريم فوق حق المستأجر، صار ذلك عذرًا فى نقض الإجازة، وكان كالحر إذا آجر عبده، ثم لحقه دين قادح، كان ذلك عذرًا فى نقض الإجازة، فإذا كان الحادث بعد الإجازة يوجب النقض لأن يكون الحادث قبل الإجازة أولى، بخلاف البيع؛ لأنه مما لا ينقض بالعذر.

وأما إذا رهن فالجواب فيه كالجواب فيما إذا باع، فإن حل دين الغرماء يضمن المولى قيمة العبد للغرماء، ولا ينقض الرهن؛ لأن الرهن لا ينقض بالعذر كالبيع.

ألا ترى أن الراهن لو لحقه دين قادح بعد الرهن، فإن الرهن لا ينقض بخلاف الإجازة، وكذلك فى البيع الفاسد إذا رهن المشترى المشترى، أو آجره، فإنه ينقض الإجازة، ولا ينقض الرهن.

فإن قيل: كان يجب أن ينقض الرهن؛ لأن حق الغريم فى المال، وحق المرتهن فى العبد فى مجرّد الحبس، فكان حق الغريم فوق حق المرتهن، فيجب أن ينقض الرهن لحق الغرماء، كما نقضت الإجازة.

والجواب أن حق المرتهن فى الحبس ثبت بسبب الدين كحق الغرماء تعلق بالرقبة بسبب الدين، ولهذا قالوا: بأن الرهن يورث كالمال سواء، ويضمن حق المرتهن بالإتلاف كحق الغريم، فاستوى الحقان، فلم يجز نقض حق المرتهن لحق الغريم.

١٨٨٧٠- ثم إذا حل الدين، والعبد رهن بعد، حتى كان للغرماء أن يضمنوا المولى قيمة العبد، وضمنوه قيمة العبد، سلم الرهن للمرتهن؛ لأنه لو رهن بعد حلول الدين، وقد غيب المرتهن الرهن[1]، حتى ضمنوا المولى القيمة، كان يسلم الرهن للمريض، فههنا أولى.

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيرها: العبد.

فأما إذا أفتك الراهن العبد، هل للغرماء سبيل على العبد؟ فهذا على وجهين: إما أن يكون قبل قضاء القاضى عليه بالقيمة، أو بعد القضاء، فإن كان قبل القضاء، كان لهم أخذ العبد؛ لأن حقهم بعد فى العين، ولم ينتقل إلى القيمة، وقد قدر المولى على ردّ العين، وإن كان بعد قضاء القاضى بالقيمة، فلا سبيل لهم على العبد؛ لأن حقهم تحول من القيمة إلى العين، فلا يبقى لهم على العبد سبيل، وكان بمنزلة العبد المغصوب إذا أبق، ثم عاد من الإباق، إن عاد بعد قضاء القاضى بالقيمة، فلا سبيل على العبد للمولى، وإن عاد قبل قضاء القاضى بالقيمة، كان للمولى أن يأخذ العبد، فكذلك هذا -والله أعلم-.

هذا هو الكلام فى البيع وأشباهه، جئنا إلى الإعتاق وأشباهه.

١٨٨٧١- قال محمد رحمه الله: إذا أعتق المولى عبده المأذون المديون، فعتقه جائز؛ لأنه أعتق ملك نفسه، إلا أنه تعلق به حق الغير، وتعلق حق الغير بالعبد لا يمنع نفاذ عتق المالك.

ألا ترى أن الراهن لو أعتق المرهون نفذ إعتاقه، وقد تعلق بالمرهون حق المرتهن، ولم يمنع ذلك نفاذ عتق المالك، وهو الراهن، كذا ههنا، وسيأتى فى فصل المتفرقات، بخلاف ما ذكر ههنا.

وإذا نفذ عتقه ضمن الأقل من قيمة العبد، ومن الدين أيّا ما كان أقل كان عليه ذلك، إن كان الدين أكثر لا يضمن إلا قدر القيمة؛ لأن المولى إنما ضمن بسبب الاستهلاك؛ لأنه بالإعتاق استهلك حق الغرماء فى ثمن العبد، فيضمن قدر ثمنه، وذلك قيمته.

ألا ترى أن الأجنبى لو استهلك هذا العبد، فإنه يضمن قدر قيمة العبد، لا الدين، فكذلك هذا، وإن كان الدين أقل، ضمن قدر الدين؛ لأن الضمان وجب على المولى بسبب الدين، فإنه لولا الدين كان لا يضمن بإعتاقه شيئًا، وضمن قدر الدين إذا كان الدين أقل، وكان بمنزلة المولى إذا أعتق عبده الجانى، وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من الأرش ومن القيمة[1]، فكذلك ههنا يضمن المولى الأقل من قيمة العبد ومن

(١) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيرها: الجناية.

الدين، علم المولى أو لم يعلم؛ لأن المولى إنما ضمن بسبب الاستهلاك، فإن بالإعتاق استهلك حق الغرماء فى الثمن، والمستهلك لحق الغير يضمن، سواء علم بحق الغير أم جهل، كان كالمولى إذا أعتق عبده الجانى ضمن، علم أو لم يعلم، ثم يضمن المولى للغرماء قيمة العبد بالغة ما بلغت، وإن كانت قيمة العبد عشرة آلاف، أو أكثر، إن كان الدين أكثر من قيمة العبد، بخلاف ما لو كان للعبد جناية فأعتقه، وهو لا يعلم بالجناية، فإنه يضمن قيمة القاتل بالغة ما بلغت إذا لم يبلغ قيمته عشرة آلاف درهم.

فأما إذا كانت عشرة آلاف أو أكثر، فإنه يضمن عشرة آلاف درهم إلا عشرة، ولايضمن قيمته بالغة ما بلغت، وهذا لأن ما يجب على المولى من الضمان بإعتاق العبد إذا كان على العبد جناية، يجب بسبب جناية العبد، فإنه لو لم يكن جنى العبد كان لا يضمن بالإعتاق شيئًا، وقيمة العبد فى الجنايات لا يبلغ عشرة آلاف عند أصحابنا، بل ينقص عنه عشرة، فأما ما يجب على الولى بإعتاق إذا كان على العبد دين، يجب بسبب الاستهلاك، فإنه بالإعتاق أتلف حق الغرماء فى البيع، وإنه مال، وقيمة العبد فى ضمان المال تبلغ بالغة ما بلغت إلا أن يكون الدين أقل، فحينئذٍ يضمن مقدار الدين؛ لأن الضمان على المولى وجب بسبب الدين، فيضمن بقدر الدين.

وكذلك الجواب إن وجب الدين على العبد بسبب الغصب، أو جحود وديعة، أو إتلاف مال؛ لأن ضمان الغصب، وضمان استهلاك المال ضمان تجارة؛ لأنه يفيد الملك فى المضمون، فكان بمنزلة الثمن.

١٨٨٧٢ - هذا إذا أعتق المأذون وعليه دين، فأما إذا أعتق رقيقًا من رقيق المأذون، وعلى المأذون دين، هل ينفذ عتقه؟ فهو على وجهين: إما أن يكون الدين على المأذون مستغرقًا، أو غير مستغرق، فإن كان الدين غير مستغرق، كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا: بأنه لا ينفذ عتقه، ثم رجع، وقال: إنه ينفذ عتقه، وإن كان الدين مستغرقًا لا ينفذ عتق المولى عند أبى حنيفة رحمه الله قولا واحدًا.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: بأنه ينفذ عتقه على كل حال، والخلاف بينهم فى هذه المسألة، فرع لمسألة أخرى: وهو أن دين العبد هل يمنع وقوع الملك للمولى فى اكتسابه؟ فعند أبى حنيفة رحمه الله: يمنع إذا كان مستغرقًا قولا واحدًا، وإذا كان غير

مستغرق، فله فيه قولان: على قوله الأول: يمنع، وعلى قوله الآخر: لا يمنع.

وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يمنع، فإن كان مستغرقًا، فأمّا أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ذهبا فى ذلك إلى أن هذا كسب شخص هو مملوك له رقبة ويدًا، فوجب أن يكون ملكًا للمولى قياسًا على ما لو لم يكن عليه دين، وقياسًا على ما لو كان الدين غير مستغرق على أحد قولى أبى حنيفة رحمه الله، وهذا لأن الكسب بدل المنافع، والمنافع تملك الرقبة، ورقبة العبد المأذون مملوكة للمولى من كل وجه، فمنافعه تكون مملوكة للمولى من كل وجه، فالكسب الذى هو بدل عن المنافع يكون مملوكًا له من كل وجه إلا أن بعد لحوق الدين يمنع المولى من التصرّف فى الكسب، وإن كان الكسب ملكًا له؛ لأنه تعلق به حق الغرماء، وتعلق حق الغرماء بملك الإنسان يمنع المالك عن التصرّف فيه، وإذا تصرّف ينقض عليه تصرفه إذا كان تصرّفًا يحتمل النقض بعد وقوعه، وإذا كان لا يحتمل النقض بعد وقوعه، فإنه لا ينقض، واعتبر برقبة المأذون بعد لحوق الدين، ولا يلزم المكاتب، فإن المولى لا يملك كسبه حتى لو أعتق المولى رقيقًا من كسب المكاتب، فإنه لا يصح عتقه، وإن كان المكاتب مملوكًا للمولى؛ لأنه مملوك رقبةً لا يدًا، فمن حيث إنه حر يدًا لا يملك كسبه، والملك لم يكن ثابتًا للمولى فى الكسب قبل وجوده بأحد الاعتبارين، إن كان يثبت له الملك فى الكسب باعتبار، فبالاعتبار الآخر لا يثبت، فلم يثبت الملك، ويثبت الحق ليكون عملا بكونه مملوكًا رقبةً، وحرًّا يدًا بقدر الإمكان.

فأما المأذون بعد لحوق الدين مملوك للمولى رقبة ويدًا، فصار الحال بعد لحوق الدين كالحال قبله، ألا ترى أنه لو قضى المولى دين الغرماء، أو أبرأ الغرماء العبد عن ديونهم نفذ عتق المولى عندكم، وفى المكاتب لا ينفذ عتق المولى، وإن عجز وردّ رقيقًا، وصار ما أعتق ملكًا للمولى، فكل عذر يذكره أبو حنيفة رحمه الله فى الفرق بين المكاتب والمأذون فى أن العتق من المولى فى كسب المأذون يقف، وفى كسب المكاتب لا يقف، فهو العذر لنا فى الفرق[1] بين النفاذ وعدم النفاذ، ولا يلزم التركة إذا كان فيها دين

(١) وفى "م": لتنافى الفرق.

مستغرق، فإنه لا يملكها الوارث حتى لو أعتق عبداً من التركة، و فيها دين مستغرق[1]، فإنه لا ينفذ عتقه، وذلك لأن كسب المورّث كان ملكًا للمورث؛ لأن المورث كان من أهل الملك وقت الكسب إلا أن الشرع بعد موته نقل ملك[2] إلى الوارث بشرط، وهو أن يكون كسبه فارغًا عن حاجته، وعن دينه، وعن وصيّته، قال تعالى: ﴿مِن بَعد وَصيّة يُوصى بهَا أو دَين﴾[3].

فقد رتب الميراث على الدين والوصية، فإذا لم يفرغ عن دينه لم يحجر، وإن ملك الموروث يبقى على حكم ملك الميت، ولم ينقل إلى الوارث.

وأما العبد حين الكسب لم يكن أهلا للملك؛ لأن أهلية ملك المال يثبت بالحرية، وبلحوق الدين لم يصرحراً لا رقبةً ولا يداً، وإذا لم يكن أهلا لملك المال وقت الكسب، فالملك فى الكسب ابتداء نفع للمولى، لا للعبد إلا أنه إن كان على العبد دين، يتعلق به حق الغرماء، وإن لم يكن عليه دين، لا يتعلق به حق الغرماء.

وأما أبو حنيفة رحمه الله ذهب فى ذلك إلى أن المولى فى كسب عبده ينزل منزلة الوارث فى كسب مورّثه؛ لأن المولى يتلقى الملك فى كسب العبد من جهته، كما أن الوارث يتلقّى الملك من جهة المورث فى كسبه، إذا كان فارغًا عن حاجته، ودين المورّث يمنع وقوع الملك للوارث فى تركته، إذا كان الدين مستغرقًا للتركة، وإذا لم يكن مستغرقًا للتركة لم يمنع وقوع الملك له فى كسبه، فكذلك هذا.

وإنما قلنا: المولى يتلقى الملك من جهة العبد فى كسبه، وذلك لأن المأذون يتصرّف لنفسه بحكم فكّ الحجر كما بعد العتق لا بحكم النيابة عن المولى.

١٨٨٧٣- وإذا كان التصرّف واقعًا للعبد يكون الملك واقعًا له أيضًا، كما بعد العتق، ولهذا يعتبر قبول العبد، وردّه لا قبول المولى وردّه، ولهذا قال[4]: إن الملك فى الكسب يقع للعبد، ثم ينتقل إلى الولى، إذا كان فارغًا عن حاجته، بأن لم تكن عليه

(١) وفى "ظ" و"ف": مستغرقًا.

(٢) وفى "ف": نقل ملكه.

(٣) سورة النساء: الآية١١.

(٤) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيرها: فدلّ.

دين، كما فى الوارث مع المورث.

فإن قيل: المولى كيف يتلقى الملك فى الكسب من جهة العبد، والعبد ليس من أهل أن يملك المال قبل حرية الرقبة واليد.

قلنا: العبد ليس من أهل أن يملك المال ملكًا مستقرًا، فأما من أهل أن يملك المال ملكًا منتقلا إلى غيره، إذا كان فارغًا عن حاجته، و هذا لأن العبد من حيث إنه آدمى بمنزلة الحرّ، ومن حيث إنه مال مملوك بمنزلة البهيمة، ولو كان حرًا من كل وجه ملك المال مستقرًا، و لو كان مالا مملوكًا من كل وجه كالبهيمة لم يملك أصلا ملكًا مستقرًا، ولا ملكًا ينتقل منه إلى غيره، فإذا كان يشبه الحرّ من وجه، ويشبه البهيمة من وجه، وفرنا على الشبهين حظهما بقدر الإمكان، فقلنا: من حيث إنه يشبه الحرّ ملك المال، ومن حيث إنه يشبه البهيمة لم يملك ملكًا مستقرًا عليه، بل منتقلا إلى مولاه إذا كان فارغًا عن حاجته توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الإمكان، وقد يجوز أن يملك الإنسان ملكًا منتقلا منه إلى غيره، ولا يملك ملكًا مستقرًا، هذا كالمقتول يملك الدية بعد القتل ملكًا منتقلا، حتى يكون مقسومًا بين ورثته على فرائض الله تعالى، ولا يملك ملكًا مستقرًا.

وكذلك الجنين يملك الغرة ملكًا منتقلا منه إلى ورثته حتى يقسم الغرة بين ورثته على فرائض الله تعالى، ولا يملك ملكًا مستقرًا، فكذلك العبد يجوز أن يقال: بأنه يملك ملكًا منتقلا منه إلى مولاه، ولا يملك ملكًا مستقرًا.

١٨٨٧٤- إذا ثبت هذا، فنقول: إذا أعتق المولى عبدًا من عبيد المأذون، وعلى المأذون دين مستغرق، فإنه لا يضمن المولى شيئًا عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأنه لم ينفذ عتقه عند عند أبى حنيفة رحمه الله، فلم يصر متلفًا على الغرماء حق البيع بهذا الإعتاق، فلا يضمن شيئًا.

وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: يضمن قيمته، موسرًا كان أو معسرًا؛ لأنه نفذ عتقه، وكان الجواب فيه عندهما كالجواب فيما لو أعتق المأذون عند الكل، ثم يضمن[١] قيمته عندهما، موسرًا كان أو معسرًا؛ لأن ما يجب على المولى ليس بضمان عتقه؛ لأنه لا شركة بين الغرماء وبين المولى فى هذا العبد، لا باعتبار الحال، ولا

(١) وفى الأصل: لم يضمن.

باعتبار المآل حتى يجعل هذا ضمان عتق على المولى، كما فى العبد المشترك بين اثنين، ولكنه ضمان استهلاك؛ لأنه أتلف على الغرماء حقهم، فكان ضمان استهلاك، وضمان الاستهلاك لا يختلف باليسار والعسار، بخلاف الراهن إذا أعتق العبد المرهون، فإنه يضمن إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا لا يضمن؛ لأنه ضمان إعتاق، فإن الشركة للمرتهن فى العبد ثابت باعتبار الحال والمآل.

أما باعتبار الحال: فلأن للمرتهن يد حبس على الرهن فى الحال، وأما باعتبار المآل: فلأن ماله من حق الحبس فى العبد المرهون ينقلب حقيقة ملك، متى هلك الرهن، فصار العبد بهذا الاعتبار كالمشترك بينه وبين الراهن.

فأما ما للغريم[1] فى رقبة العبد وكسبه، لا ينقلب حقيقة ملك بالهلاك، فكان ضمان استهلاك لا ضمان عتق إلا أنه إذا كان المولى معسرًا، كان للغريم اتباع العبد المعتق بالقيمة، وذلك لأن المولى لو كان موسرًا، كان يضمن قيمة العبد، وفى كل موضع يضمن المعتق القيمة، إذا كان موسرًا، فإذا كان معسرًا كان على العبد السعاية فى القيمة، كما فى الرهن، وكعبد بين شريكين، أعتق أحدهما نصيبه.

ثم العبد المعتق يرجع بما أدّى على المعتق وهو المولى؛ لأنه أدّى دينًا وجب على المولى، وهو مضطرّ فى ذلك، كان له أن يرجع بما أدّى على الراهن[2]، إذا سعى فى قيمته للمرتهن، بخلاف ما لو أعتق مأذونًا، وسعى فى قيمته للغرماء حال عسار المولى، حيث لا يرجع بذلك على المولى؛ لأنه أدى دين نفسه، ومن أدّى دين نفسه لا يرجع بما أدّى على أحد.

أما هنا: فالعبد المرهون[3] لم يؤدّ دين نفسه، فإنه لا دين عليه، إنما أدّى دينًا وجب على المولى، وهذا بخلاف عبد بين شريكين أعتقه أحدهما، وهو معسر، فإن العبد إذا سعى فى نصف قيم للساكت[4] لا يرجع بذلك على المعتق، وذلك لأن العبد بما أدّى من

(١) هكذا فى "ظ" و"ف"، وكان فى الأصل: فأما مال الغريم، وفى "م": فأما للغريم.

(٢) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيرها: المرهون.

(٣) هكذا فى "ظ"، وكان فى غيرها: الأسفل.

(٤) هكذا فى "ظ" و"ف"، وكان فى الأصل و"م": لليسار.

السعاية لم يصر مؤدّيًا دينًا وجب على المعتق؛ لأن الضمان لم يجب على المعتق متى كان معسرًا؛ لأن ضمان عتقه إنما لا يجب على المعسر، فلا يرجع بذلك على المعتق.

أما ههنا: المولى ضمن القيمة وإن كان معسرًا؛ لأن ما وجب عليه ضمان استهلاك الحق لا ضمان إعتاق على ما بيّنا، والعسار لا ينفى ضمان الاستهلاك.

وإذا وجب القيمة دينًا على المولى بالاستهلاك، صار العبد مؤدّيًا عنه دينًا، وهو مضطرٌ فى ذلك، فكان له الرجوع بما أدّى على المولى.

وكل جواب عرفته عندهما متى أعتق المولى رقيقًا من كسب المأذون، وعليه دين مستغرق، فهو الجواب عند الكل متى كان الدين غير مستغرق؛ لأن الدين إذا كان غير مستغرق، نفذ العتق عند الكل، وكان المولى متلف على الغرماء حقهم فى البيع، فصار ضامنًا.

١٨٨٧٥- وإذا أعتق العبد المأذون المديون مع علمه بالدين، لا يصير مختار للديون، ولكن يلزمه قيمة المأذون، ولو أعتق العبد الجانى مع العلم بالجناية يصير مختاراً للفداء، وقد مر الفرق من قبل.

فإن وقع الاختلاف بين المولى والغرماء، فقال الغرماء للمولى: قد أعتقته، فلنا عليك القيمة، وقال المولى: لم أعتقه، فالقول قول المولى لإنكاره العتق، ويباع العبد للغرماء، وإقرارهم بإعتاق العبد لا يتضمن براءة العبد؛ لأن العبد المأذون لا يبرأ عما لزمه من الدين بالمبايعة، ولا بالإعتاق، وإذا بقى ديونهم على العبد بعد إقرارهم بالإعتاق، يباع العبد بديونهم، ولا يلتفت إلى قولهم؛ لأن عتقه لم يثبت لما أنكره المولى.

١٨٨٧٦- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": وإذا دبّر المولى عبده المأذون المديون، فتدبيره جائز، وليس للغرماء أن ينقضوا تدبيره.

وفرق بين التدبير وبين الكتابة، فإن المولى إذا كاتب عبده المأذون المديون كان للغرماء أن ينقضوا الكتابة، ويستسعوا العبد فى ديونهم، وإنما كان ذلك؛ لأن رقبة المأذون المديون مملوكة للمولى؛ لأن دين المأذون لا يزيل رقبة المأذون عن ملكه، وللغرماء فى الرقبة حق، وهو حق البيع والاستسعاء بدينهم، فأكثر ما فى الباب أن

يلحق ما للغرماء من الحق فى رقبة المأذون بحقيقة الملك، إلا أنه لو كان للغرماء فى هذا العبد حقيقة ملك، كما للمولى بأن كان العبد مشتركًا بين المولى والغرماء، ثم إن المولى كاتب العبد كان لغرماء العبد أن ينقضوا الكتابة؛ دفعًا للضرر عن أنفسهم؛ لأن الكتابة مما يحتمل النقض بعد وقوعه، وإذا دبّر العبد لم يكن لشركاءه نقض التدبير؛ دفعًا للضرر عن أنفسهم؛ لأن التدبير مما يحتمل النقض بعد وقوعه كحقيقة العتق، فكذا هذا.

وإذا لم يكن للغرماء ينقضوا تدبير المولى ذكر بعد هذا أن الغرماء بالخيار، إن شاؤوا ضمّنوا المولى قيمة العبد، وإن شاؤوا استسعوا العبد فى ديونهم.

أما[1] لهم تضمين المولى قيمة العبد؛ لأن المولى بالتدبير أبطل على الغرماء ما لهم من حق البيع، فإن بيع العبد بدينهم حتى يستوفوا ديونهم للحال، كان حقًا للغرماء، وقد أبطل المولى ذلك عليهم بالتدبير، فكان لهم أن يضمّنوا المولى قيمته، كما لو قتله المولى.

وإن شاؤوا استسعوا العبد بديونهم؛ لأن ديونهم على العبد، وقيمة ربّما لا تفى ديونهم، ولا يصل إلى كل واحد منهم دينه كملا، وإنما يصل بعضه، وإذا اختاروا السعاية يصل إلى كل واحد منهم كمال حقه؛ لما عين فى السعاية، إلا أن بالاستسعاء يصل إليهم حقهم آجلا، وبالبيع يصل إليهم حقهم عاجلا، والإنسان قد يختار الكثير الآجل على القليل العاجل، فكان الخيار إن شاؤوا ضمنوا المولى قيمة العبد، وإن شاؤوا استسعوا العبد بدينهم.

وأى ذلك ما اختاروا بطل حقهم فى الآخر لوجهين: الأول: أنهم متى اختاروا تضمين القيمة، فقد ملكوا السعاية من المولى بما أخذوا منه من القيمة، فإن استسعاء العبد مملوك للغرماء، فإذا اختاروا أخذ القيمة، فقد ملكوا سعاية العبد من المولى بما أخذوا من القيمة، وإن اختاروا السعاية ملكوا القيمة من المولى بالسعاية، فإذا أرادوا بعد ذلك أن يختاروا شيئًا آخر غير ما اختاروا فى الابتداء، أرادوا أن يرجعوا عمّا ملكوا المولى بعوض، ومن ملك غيره شيئًا بعوض، ثم أراد أن يرجع عن ذلك، فإنه لا يصح

---

(١) وفى الأصل: إنما.

رجوعه كما لو باع، ثم أراد أن يرجع، و كان كالمغصوب منه إذا خيّر بين تضمين الأول والثانى، إذا اختار تضمين أحدهما، بطل حقه فى تضمين الآخر؛ لأنه أراد أن يرجع عما ملكه ببدل، ويملك غيره فلم يقدر.

والثانى: إن الغرماء مخيّرون بين أخذ القيمة والسعاية، والمخيّر بين شيئين لا يمكنه الجمع بينهما، متى مال إلى أحدهما، بطل حقه فى الآخر كالمغصوب إذا قتل فى يد الغاصب، حتى يخيّر المغصوب منه بين تضمين القاتل والغاصب، ومتى مال إلى أحدهما، بطل حقه فى الآخر، وإن كان بتضمين القاتل لا يصير مملكًا العبد منه؛ لأن ضمان القتل لا يفيد الملك فى المضمون؛ لأنه مخيّر بين شيئين متنافيين لا يمكن الجمع بينهما، فإن ضمّنوا المولى القيمة، فلا سبيل لهم على العبد حتى يعتق؛ لأنه وصل إليهم بدل العبد بتدبير المولى، فكان بمنزلة ما لو وصل إليهم بدل العبد بالبيع، و لو وصل إليهم بدل العبد بالبيع، لم يكن لهم على العبد سبيل بما يفى من دينهم إلى أن يعتق العبد.

وكذا إذا وصل إليهم بدل العبد بالتدبير، وبقى العبد مأذونًا على حاله؛ لما ذكرنا أن التدبير لا يمنع ابتداء الإذن، فلا يمنع البقاء بطريق الأولى، وإن استسعوا العبد أخذوا من السعاية ديونهم بكماله؛ لأن فى السعاية سعة، إنما الضيق فى القيمة.

١٨٨٧٧ - وإذا بقى المدبّر مأذونًا على حاله، فإن اشترى بعد ذلك، وباع فلحقه دين كثير، كان لأصحاب هذا الدين أن يبيعوا المدبّر ويستسعونه بدينهم، ولا سبيل لهم على المولى؛ لأن المولى لم يتلف عليهم حق البيع؛ لأن دينهم وجب بعد التدبير، فكان حقهم فى سعاية العبد لاغير، ولم يبطل المولى عليهم حقهم فى السعاية، فلا يضمن المولى لهم شيئًا، بخلاف أصحاب الدين الذين وجب لهم الدين قبل التدبير، فإن المولى يضمن لهم القيمة؛ لأنه ثبت لهم حق البيع بدينهم؛ لأنه حين وجب دينهم عليه كان بحال يجوز بيعه، وقد أبطل المولى ذلك عليهم.

وإذا استسعى الغرماء الآخرون المدبّر فى دينهم، فأدّى إليهم من سعايته لم يكن للغرماء الأولين الذين ضمّنوا المولى القيمة من ذلك، لا قليل ولا كثير، وذلك لأنه لو لم يتعلق بسعاية العبد حق الآخرين لم يكن للغرماء الأولين الذين ضمّنوا المولى قيمته من ذلك، لا قليل ولا كثير؛ لأنه وصل إليهم بدل الرقبة، فإذا تعلق به حق الآخرين؛ لأن لا

يكون لهم من ذلك شيء أولى وأحرى، وإن بقى شيء من السعاية من غرماء الآخرين يكون للمولى؛ لأنه كسب مدبّره، وهو فارغ عن دينه، فيكون للمولى، ولا يكون للغرماء الذين ضمّنوا المولى القيمة من ذلك قليل ولا كثير.

وإن قتل المدبّر حتى وجب قيمته، فلا شيء للغرماء الأولين من قيمته؛ لأنه وصل إليهم قيمته مرة من جهة المولى، فلا يكون لهم على القيمة الثانية سبيل، وتكون القيمة للغرماء الآخرين يستوفون من ذلك ديونهم، و كان يجب أن لا يكون للغرماء الآخرين حق فى قيمته؛ لأن حقهم كان فى منفعة العبد، وهو السعاية، لا فى الرقبة، والحق الثابت فى منفعة الرقبة لا يسرى إلى بدل الرقبة، كما لو قتل المستأجر حتى وجب القيمة إلا أن الجواب عن هذا أن يقال: إن حق المستأجر ما كان فى الرقبة.

فأما حق الغرماء الآخرين كان فى دين قبل المدبّر متعلقًا برقبته، ولهذا يسرى إلى ولد المدبّرة، والحق المتعلق بالرقبة يجوز أن يسرى[1] إلى بدله هذا الذى ذكرنا كله تفريعات فصل التدبير.

١٨٨٧٨ - جئنا إلى تفريعات فصل الكتابة، فنقول: لو لم يعلم الغرماء بكتابة المولى المأذون، حتى أدّى المأذون جميع المكاتبة إلى المولى عتق لوجود الشرط، وهو الأداء، وعلى المولى قيمة العبد كما لو تجر العتق، بعد هذا الغرماء بالخيار إن شاؤوا ضمّنوا المولى قيمة العبد، وأخذوا منه ما أخذ من المكاتب، فيقسمونه بينهم بالحصص.

وإن شاؤوا اتّبعوا[2] العبد بجميع ديونهم، أما لهم تضمين المولى قيمة العبد؛ لأنه أتلف عليهم بالإعتاق حق البيع، ولهم أن يأخذوا المكاتبة من المولى؛ لأن المكاتبة كسب العبد المأذون، فإن الكتابة فى حق الغرماء غير نافذة، فصار وجود هذه الكتابة فى حق الغرماء وعدمه بمنزلة، فإن فضل شيء من دينهم اتبعوا العبد بما بقى من دينهم للحال؛ لأن العبد حرّ.

وأما لهم اتباع العبد بجميع ديونهم؛ لأن الدين على العبد من الابتداء، فإن اتبعوا العبد، وأخذوا منه جميع ديونهم سلمت للمولى قيمة العبد والمكاتبة أيضًا، ولا يرجع

---

(١) وفى "ظ" و "ف": أن يشترى.

(٢) وفى "ظ": استسعوا.

العبد على مولاه بشيء من ذلك، لا بقليل ولا بكثير.

أما لا شك أنه لا يرجع بقيمة نفسه على المولى؛ لأنه سلمت له رقبة، ولو رجع بقيمة رقبته على المولى، لاجتمع البدل والمبدل فى ملكه ويده، وهذا لا يجوز.

وأما المكاتبة فكان يجب أن يرجع العبد بذلك على المولى؛ لأنه كسب عبده المديون، فإذا قضى العبد الدين من خالص ملكه من كسب الحرية، كان للعبد الرجوع بذلك على المولى، والدليل عليه أن المكاتبة فى حق الغرماء اعتبرت كسبًا للعبد، حتى كان لهم أخذ ذلك مع القيمة، فكذلك فى حق المولى إلا أن الجواب عنه، أن المكاتبة فى حق ما بين المولى والعبد بدل رقبته؛ لأن الكتابة نافذة فى حق ما بين المولى والعبد، فكانت المكاتبة بدل الرقبة فى حق ما بينهما، وقد ذكرنا أن العبد لا يرجع ببدل رقبته على المولى، وإن قضى دينه من كسب الحرية.

وأما فى حق الغرماء الكتابة غير نافذة، فيكون وجود الكتابة فى حق الغرماء وعدمها بمنزلة، ولو عدمت الكتابة كان هذا كسب العبد، فكان للغرماء أخذ ذلك مع قيمة الرقبة، فكذلك هذا.

١٨٨٧٩ - ولو كان العبد أدّى بعض بدل الكتابة، وبقى بعضها، ثم جاء الغرماء، فإنهم يبطلون الكتابة إن شاؤوا، ويباع العبد للغرماء بينهم؛ لأنه بأداء بعض المكاتبة لم يعتق شيء منه عندنا، فكان لهم أن ينقضوا الكتابة كما لو لم يكن أدّى شيئًا من المكاتبة، فإن لم يبطلوا الكتابة، ولكنهم أجازوها، فالكتابة جائزة، وما قبض المولى من المكاتبة قبل الإجازة يكون بينهم بالحصص، وما بقى فهو بينهم بالحصص؛ لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء، ولو وجد الإذن منهم بالكتابة فى الابتداء جازت الكتابة، وما قبض المولى من المكاتبة، وما بقى منها، فهو بينهم، فكذلك هذا، فإن كان ما قبض المولى قبل إجازتهم هلك فى يد المولى، ثم أجاز الغرماء الكتابة، فالكتابة جائزة، والمولى لا يضمن ما قبض من المكاتبة، وذلك لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء.

ولو وجد الإذن بالكتابة فى الابتداء، فقبض المولى بدل الكتابة، وهلك فى يده كان لا يضمن شيئًا، فكذا إذا وجد الإذن فى الانتهاء، وكان بمنزلة الغاصب، إذا باع

المغصوب بغير إذن المالك، فأجازه المالك بعد ما قبض الغاصب الثمن، فهلك فى يده لم يضمن، كما لو أذن له المالك بالبيع فى الابتداء.

فإن قيل: الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء إلا أنهم لو أذنوا للمولى بالكتابة فى الابتداء، فقبض المولى المكاتبة من العبد بغير إذنهم، يجب أن يصير ضامنًا؛ لأن المولى بمنزلة الوكيل من جهة الغرماء بالكتابة باعتبار ما للغرماء من الحق فى هذا العبد، والوكيل بالكتابة إذا قبض بدل الكتابة صار ضامنًا؛ لأن حقوق الكتابة لا ترجع إلى الوكيل بالكتابة، فكذا هذا.

إلا أن الجواب عنه أنه باعتبار ما لهم من الحق فى هذا العبد صار الولى وكيلا، فلا يكون له قبض بدل الكتابة، وإذا قبض يصير ضامنًا، وباعتبار ما للمولى فى العبد من ملك الرقبة؛ كان له قبض بدل الكتابة بحكم أنه مالك رقبة العبد، وقد كاتبه، فله قبض بدل الكتابة، فإذا قبض لا يصير ضامنًا.

وإذا كان كذلك، فقد اجتمع ما يوجب أن يصير ضامنًا متى قبض، وما يمنع أن يصير ضامنًا، وكان كالأب إذا كاتب عبد ابنه الصغير، وقبض المكاتبة من العبد، وهلك فى يده، لم يضمن، وإن لم يكن له قبض بدل الكتابة باعتبار أنه وكيل عن الصغير، لكن باعتبار أن له ولاية فى مال الصغير، كان له القبض بحق الولاية إن لم يكن له قبض بحق الوكالة، فلم يصر ضامنًا، فكذلك هذا بخلاف الوكيل؛ لأن حق القبض لو ثبت للوكيل، فإنما يثبت له بحكم الوكالة؛ لأنه ليس له سبب آخر سوى الوكالة، يطلق له القبض، والوكالة لا تطلق له قبض بدل الكتابة، فصار ضامنًا.

فإن أجاز الكتابة بعضهم وردّها بعضهم، لم تجز الكتابة حتى يجيزوها الكل؛ لأن للغرماء حقًا فى العبد المديون، والحق معتبر بالحقيقة، ولو كان لهم حقيقة ملك فى العبد، وللمولى كذلك بأن كان العبد مشتركًا بينهم كاتب بعض الشركاء، وأبى الآخرون، كان لايجوز الكتابة؛ لأن الآبى برد الكتابة لم يبطل حق شركاءه فى التصرّفات، فكان الردّ أولى من الكتابة، فكذلك هذا ولو أنهم أرادوا ردّ الكتابة، وأعطاهم المولى دينهم، أو المكاتب لم يكن لهم ردّ الكتابة بعد ذلك؛ لأن المانع من نفاذ الكتابة قيام حقهم، فإذا زال حقهم بالقضاء نفذت الكتابة.

وكان بمنزلة ما لو باع العبد بغير إذن الغرماء، فأراد الغرماء نقض البيع، فقضى المولى دينهم، أو قضاه المشترى لا يكون لهم حق النقض؛ لأن المانع من نفاذ البيع قيام حقهم، و ذلك قد زال، فكذلك هذا -والله أعلم-.

ومما يتّصل بهذا الفصل من المسائل:

١٨٨٨٠- العبد المأذون المديون إذا باعه المولى من غير إذن الغرماء، وأعتقه المشترى قبل أن يقبضه، فإنه يقف عتقه إن أجاز الغرماء المبيع، أو قضى المولى دين الغرماء، أو أبرأ الغرماء العبد عن الدين، ينفذ عتق المشترى، فإن أبى الغرماء أن يجيزوا البيع، وأبى المولى أن يقضى دينهم، فإنه يبطل عتقه، ويباع العبد للغرماء بدينهم، هكذا ذكر في "الأصل" مطلقًا، وهذا الجواب الذي قال: لا يشكل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وذلك لأن المشترى من غير المالك لو أعتق يقف عتقه عندهما كالمشترى من الغاصب، فلأن يقف عتق المشترى هنا، والشراء حصل من المالك، وللغير فيه حق أولى.

فأما على قول محمد رحمه الله: فمنهم من قال: بأنه لا يقف عتق المشترى على قول محمد رحمه الله، وذلك لأن هذا الشراء موقوف على إجازة الغرماء، والمشترى في الشراء الموقوف متى أعتق، فإنه لا يقف العتق عليه عنده كالمشترى من الغاصب، فكذلك هذا، فعلى قول هذا القائل: ما ذكر من الجواب قولهما.

ومنهم من قال: ما ذكر قولهم جميعًا، فعلى هذا محمد رحمه الله يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين المشترى من الغاصب، ووجه الفرق له: وهو أن العتق متى حصل بعد تمام سبب الملك يقف.

ألا ترى أن الوارث إذا أعتق عبدًا من التركة، وفي التركة دين مستغرق، فإنه يقف عتقه؛ لأنه أعتق بعد تمام سبب الملك، وإن البائع بالخيار، إذا أعتق المشترى، لا يقف؛ لأنه حصل قبل تمام سبب الملك، فإن شرط الخيار مما يمنع تمام السبب؛ لأن القياس أن يوجب فساده، فإن لم يثبت الفساد لحاجة الناس إليه يثبت النقصان.

وكذلك المشترى المكره إذا أعتق لا يقف؛ لأنه حصل قبل إتمام سبب الملك، فإن

البيع إنما يتم برضا العاقدين، وكذلك المشترى بشراء فاسد إذا أعتق قبل القبض لا يقف عتقه؛ لأنه حصل قبل تمام سبب الملك.

وإذا ثبت هذا الأصل نقول فى المشترى من الغاصب: العتق حصل قبل تمام السبب؛ لأنه عدم الرضا من المالك وعدم الرضا من المالك مما يمنع تمام السبب، كما فى بيع المكره فلايقف، والعتق من المشترى من المولى حصل بعد تمام سبب الملك؛ لأنه وجد الرضا من المالك، وقد خلا عن شرط يمنع تمامه، فيتم السبب، والعتق يقف بعد تمام السبب.

١٨٨٨١- وقد روى عن أبى يوسف رحمه الله فى "الأمالى": أن المشترى متى أعتق قبل القبض، نفذ عتقه، ولم يقف ولو باعه يتوقف بيعه، وذهب فى ذلك إلى أن المشترى مسلط على التصرّف فى المشترى من جهة البائع، فيعتبر تصرّفه بتصرّف البائع، والبائع مسلّط، وهو المولى، لو أعتق عبده المديون، نفذ عتقه، ولم يقف، ولو باع توقف، فكذا الذى قام مقامه.

ونظير هذا: المولى إذا أقرّ بهذا العبد لغيره، فأعتقه المقرّ له، نفذ عتقه قبل القبض وبعده؛ لأنه مسلّط على التصرّف من جهة المقرّ، فكان له ما كان للمقرّ، فكذلك هذا، ولكن الفرق على ظاهر الرواية بين هذا وبين الإقرار، وهو أن الإقرار ليس بتمليك فى نفسه، وإنما هو إخبار عن تمليك كان قبل الإقرار بسبب وجد قبل الإقرار، ولهذا قالوا: إنه يجوز الإقرار بالآبق، وجعل إخبارًا عن تمليك سابق على الإقرار، وكذا يصح الإقرار بالخمر، وطريقه ما قلنا، فكذا ههنا يجعل إقراره إخبارًا عن تمليك سابق على الإقرار فى وقت يصحّ التمليك منه فى ذلك الوقت، وليس ذلك إلا ما قبل لحوق الدين، فإن المولى لا يملك تمليكه بعد لحوق الدين، ويملك قبل لحوق الدين، وبهذا الطريق صحّحوا الإقرار بالخمر، وقبل لحوق الدين يملك المولى تمليكه على سبيل البتات، فيثبت التسليط على التصرّف على سبيل البتات، فينفذ عتقه.

فأما البيع تمليك مبتدأ للحال، والتمليك المبتدأ للحال لا يصح من المولى على سبيل البتات بما للغرماء فيه من الحق، وإنما يصح على سبيل التوقف، و تسليط المشترى على التصرّف من جهة البائع إنما يثبت بحكم التمليك لا بحكم الإذن، فإنه لم يأذن له

بالتصرّف، وإنما ملكه، فإذا ثبت الملك للمشترى على سبيل التوقف، فالتسليط على العتق يثبت مثل ذلك.

وأما المشترى من الراهن بغير إذن المرتهن إذا أعتق قبل القبض، حكى عن الفقيه أبى بكر البلخى: أنه سئل عن هذا، فقال: لا أحفظ فيه رواية عن أصحابنا، قال: ولقائل أن يسوّى فيه وبين مسألتنا، ويقول: يتوقف عتق المشترى فى مسألة الرهن، كما يتوقف هنا، وذلك لأن حق المرتهن فى المرهون فى الوكادة[١] فوق حق الغرماء فى العبد المديون؛ لأن حق المرتهن فى المرهون ينقلب حقيقة ملك فى الثانى بأن هلك الرهن فى يده، وحق الغريم فى العبد لا ينقلب حقيقة ملك بهلاك العبد؛ لأنه لا يصير مستوفيًا لدينه، ولهذا قالوا: بأن الراهن إذا أعتق وهو معسر[٢]، فإنه لا يضمن، وجعلوا المرتهن فى هذا العبد بمنزلة الشريك، والمعتق لا يضمن للشريك متى كان معسرًا، ولم يجعلوا الغريم بمنزلة الشريك للمولى فى هذا العبد، حتى قالوا: إذا أعتق المولى عبده المديون يضمن قيمته للغرماء، موسرًا كان أو معسرًا، وكذلك للمرتهن يد على المرهون، ولا يد للغرماء على العبد المديون، وإذا كان حق الغريم فى العبد يمنع نفاذ عتقه، ويوجب توقفه، فحق المرتهن مع زيادة وكادة فيه؛ لأن يوجب توقف عتق المشترى، ويمنع نفاذه كان أولى.

ولقائل أن يقول: بأن عتق المشترى من الراهن ينفذ ولا يقف، وعتق المشترى عن المولى عبده المديون يقف؛ لأن حق الغريم فى العبد آكد من حق المرتهن، و ذلك لأن حق المرتهن فى المرهون، إنما يثبت بسبب الدين، ودين المرتهن على الراهن، لا على المرهون حتى لو أراد الراهن أن يتبع[٣] الرهن بعد ما أعتقه الراهن، وكان الراهن موسرًا لم يكن له ذلك، وإذا كان معسرًا تبع العبد بقدر قيمته لا بجميع دينه، ثم العبد يرجع بذلك على المولى، ودين الغريم على العبد حتى كان للغريم أن يتبع العبد بجميع دينه متى عتق، ثم حق الغريم مع زيادة وكادته إذا منع نفاذ عتق المشترى، فحق المرتهن، وإنه دونه يجب أن

---

(١) وفى الأصل: الوكالة.

(٢) وفى الأصل: وهو مقرّ.

(٣) هكذا فى "ظ"، و فى غيرها: يبيع.

لا يمنع النفاذ حتى يظهر انحطاط دينه عن حق الغريم، وزيادة قوة حق الغريم حق المرتهن.

١٨٨٨٢- هذا إذا أعتق المشترى من المولى قبل قبض العبد، وأما إذا قبض العبد، ثم أعتقه، فإنه ينفذ عتقه؛ لما ذكرنا أن بيع المولى عبده المديون بغير رضا الغرماء بيع فاسد، والبيع الفاسد يفيد الملك للمشترى بعد القبض، كما فى سائر البيوع الفاسدة.

فإن قيل: إذا كان هذا البيع فاسدًا يجب أن يقف عتق المشترى قبل القبض، كما فى غيرها من البيوع الفاسدة.

والجواب عنه ما ذكرنا: أنه فاسد إلا أنه فى الفساد دون سائر العقود الفاسدة، فلا بد أن يكون لهذا العقد زيادة مزيّة على سائر العقود الفاسدة، وذلك بأن يوجب هذا العقد قبل القبض ملكًا موقوفًا لا يوجبه غيرها من العقود الفاسدة.

وإذا نفذ عتق المشترى بعد القبض، فالغرماء بعد هذا بالخيار إن شاؤوا أجازوا البيع، وأخذوا الثمن، وإن شاؤوا ضمنوا البائع القيمة، فقد صحح إجازة الغرماء البيع بعد ما نفذ العتق من المشترى فى العبد، وبعد ما عتق العبد لا يصح منهم إنشاء البيع، فيجب أن لا يصح منهم الإجازة، كالفضولى إذا باع عبد إنسان بغير إذنه، ثم إن المالك أعتقه قبل الإجازة، ثم أراد أن يجيز البيع بعد ذلك لا يعمل إجازته؛ لأنه بعد العتق لا يملك إنشاء البيع فيه، فلا يملك الإجازة أيضًا.

قال الفقيه أبى بكر البلخى: لا نجد فى موضع من كتب أصحابنا أنه يصحّ إجازة البيع فى حال ما لا يصح إنشاء البيع إلا فى هذه المسألة، فكان يقول: يجب أن يحفظ هذا، فإنه فى "نوادر المسائل"، ونظير هذا: ما ذكر فى كتاب اللقطة أن صاحب اللقطة إذا أجاز صدقة اللقطة بعد ما هلك فى يد الفقير صح إجازته، فمسألة اللقطة نظير هذه المسألة إلا أن الجواب عن هذا الإشكال أن الإجازة إنما لا تصح من الحر فى حال ما لا يملك الإنشاء، إذا كان يحتاج إلى إثبات الملك للمشترى بالإجازة، كما فى مسألة الفضولى الحاجة إلى إثبات الملك للمشترى بالإجازة، فإنه لم يكن مالكًا قبل الإجازة، وبعد هلاك العبد لا يمكن إثبات الملك فيه، فلهذا بطلت الإجازة، وههنا لا حاجة إلى إثبات الملك للمشترى بالإجازة، فإن الملك بعد القبض وقع للمشترى من غير إجازة،

ولهذا نفذ عتق المشترى، وإنما الحاجة إلى دفع الفساد بإبطال حقهم عن الرقبة، وحقهم فى الرقبة قائم، فتحقق شرط صحة الإجازة، فصحت الإجازة، وإن كان لا يصح إنشاء البيع.

هذا إذا أجازوا بيع المولى، فإن ضمنوه قيمة العبد، فبيع المولى ينفذ، ويسلم الثمن للمولى؛ لأن المولى حين باع كان مالكًا لرقبة العبد، حتى لو أعتق نفذ عتقه، وملك الرقبة كان لجواز البيع، كالموصى له بالرقبة إذا باع من الموصى له بالخدمة، لكن لم ينفذ بيعه لحق الغرماء، وقد زال حقهم بأداء الضمان، فزال المانع من نفاذ بيعه، فنفذ بيعه.

ولو كان المشترى باع العبد بعد ما قبضه، أو وهبه، وقبضه الموهوب له، ثم حضر الغرماء، وأجازوا بيع المولى، نفذ بيع المشترى وهبته من غيره.

فرقوا بين هذا وبين المشترى من الغاصب إذا عقد عقودًا على المشترى من بيع، أو هبة، أو صدقة، ثم أجاز المالك بيع الغاصب، فإن سائر عقود المشترى تبطل، وههنا قالوا: إذا أجاز الغرماء بيع المولى نفذ عقود المشترى، وذلك لأن ما عقد الغاصب على المغصوب، وما عقده المشترى من الغاصب من العقود بعد الشراء توقف كلها على إجازة المغصوب منه، فإذا أجاز المالك عقد الغاصب تعذر إجازة العقود التى باشرها المشترى من جهة الغاصب؛ لأنه لم يكن موقوفًا على إجازته، ومتى تعذر إجازة الموقوف انفسخ، وإذا انفسخ الباقى لم يجز.

فأما ههنا عقود المشترى بعد الشراء لم تتوقف على إجازة الغرماء؛ لأنه تصرّف فى ملكه، فإنه بعد القبض ملكه ملكًا فاسدًا، وتصرّفات المشترى شراء فاسدًا فيما اشترى نافذ، إنما الموقوف على الإجازة بيع المولى من المشترى، فإذا نفذ ذلك بإجازة الغرماء، لا يبطل ما عقد المشترى على العبد من العقود؛ لأنه كان حاصلا فى ملك المشترى حين عقده، وكان نظير مسألتنا نظير المشترى من المكره، إذا عقد عقودًا على المشترى، ثم إن المكره أجاز بيعه من المشترى، فإن عقود المشترى لا تبطل؛ لأنه كان عاقدًا على ملكه، لا على ملك غيره، فكذا ههنا -والله أعلم-.

الفصل السابع
فى العبد بين الرجلين يأذن له أحدهما فى التجارة

١٨٨٨٣ - الأصل أن إذن أحد المولين صحيح فى نصيبه[١]، غير صحيح فى نصيب صاحبه؛ لأن إذن العبد فى التجارة فى معنى بيع رقبته ممن يعاقده.

وأحد الموليين إذا باع العبد المشترك، صح البيع فى نصيبه دون نصيب صاحبه، فكذا هذا، وإذا صحّ الإذن فى نصيب الآذن دون نصيب الساكت، فأراد الساكت أن يفسخ الإذن فى نصيبه، ليس له ذلك؛ لأنه لا ضرر على الساكت، متى جاز الإذن فى نصيب الآذن، إذ لا يبطل على الساكت شىء من التصرّفات التى يملكها قبل الإذن، ولا يتعلق دين التجارة بنصيب الساكت من رقبة العبد، فلا يكون له حق الفسخ، كما لو باع أحدهما نصيبه لا يكون للآخر حق الفسخ، وطريقه ما قلنا.

فإن قيل: فيه ضرر على الساكت، فإنه متى باع هذا العبد، واشترى ولحقه دين، وفى يده كسب، وقد علم أنه حصل له بسبب التجارة التى لزمته هذه الديون، تصرف الكل إلى دينه، فيتضرّر به الساكت.

قلنا: هذا الضرر كان يلحقه قبل الإذن، فإنه قبل إذن صاحبه إذا باع هذا العبد واشترى، وهو محجور عليه فى الكل، ولزمه ديون، وفى يده كسب حصل له بسبب التجارة التى لزمته هذه الديون، قد علم ذلك، فإنه يصرف الكل إلى دينه استحسانًا على ما نبيّنه، وإذا كان كذلك، فهذا الضرر مما لا يندفع عن الساكت بفسخ الإذن، ثم قال: ويجوز جميع أشريته[٢] وبياعاته، هكذا ذكر فى الكتاب.

ولا إشكال فى جواب جواز اشتريته فى الكل؛ لأنه فى النصف مأذون، وفى النصف محجور عليه، وشراء المأذون جائز، وشراء المحجور كذلك جائز، فجاز شراءه

---

(١) هكذا فى "ظ"، وفى غيرها: نفسه.

(٢) وفى الأصل: مشترياته.

في الكل من هذا الوجه، فأما جواز بياعاته في الكل مشكل، وكان يجب أن يصحّ بيعه في النصف دون نصفه؛ لأن نصفه مأذون، ونصفه محجور، وما اكتسب مشترك بين المولين لكون العبد مشتركًا بينهما، وإذا كان الكسب مشتركًا بين المولين يكون العبد مشتركًا، يجب أن يجوز بيعه في النصف دون النصف.

والجواب عنه أن القياس أن يجوز بيعه في النصف، ولا يجوز في النصف؛ لما قلتم، إلا أنا تركنا القياس، وجوّزنا البيع في الكل استحسانًا؛ لأن للعبد أن يصرف جميع الكسب إلى الدين الذي لحقه بسبب هذا الكسب استحسانًا بعد هذا إن شاء الله تعالى، وفي صرفه جميع الكسب إلى الدين الذي لحقه بسبب هذا الكسب بيعه لجميع الكسب من صاحب الدين معنى، فإذا جاز ذلك استحسانًا، وإن كان العبد مأذونًا في النصف، محجورًا في النصف، كان له بيع جميع الكسب أيضًا، وإن كان محجورًا في النصف، ماذونًا في النصف، بل أولى؛ لأن البيع أنفع للمولى الساكت، وفيه تحصيل الربح من صرفه إلى الدين، فلهذا جاز بيعه في الكل، بخلاف ما لو كان الكسب مستفادًا من الهبة؛ لأنه ليس له أن يصرف الكل إلى دينه، وإنما يصرف نصفه، وهو نصيب الآذن، فيجوز بيعه في النصف دون النصف.

وإذا جاز أشريته وبياعاته في الكل، فلحقه ديون، وفي يده كسب، هل يصرف جميع الكسب إلى دين الغرماء أم لا؟

١٨٨٨٤- فالمسألة لا تخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يكون الدين على العبد واجبًا بسبب الكسب الذي في يده، بأن كان كسب تجارة، وقد لحقه الدين بسبب التجارة، وقد علم ذلك، أو كان الدين واجبًا عليه، لا بسبب الكسب الذي في يده، بأن لحقه الدين بالتجارة، وكان الكسب الذي في يده مستفادًا له من الهبة أو الاحتطاب، وقد علم ذلك، أو كان لا يعلم أن الدين الذي وجب على العبد، وجب بسبب هذا الكسب، أم لم يجب بسببه.

فإن كان الدين إنما وجب بسبب الكسب الذي في يده، بأن كان كسب تجارة، وقد لحقه الدين بسبب التجارة، وعلم ذلك، فالقياس أن يصرف إلى الدين من الكسب نصيب الآذن، ويعطى النصف الذي لم يؤذن.

وفى الاستحسان : يصرف الكل إلى غرماءه نصيب الآذن، ونصيب الساكت، وعلى هذا القياس والاستحسان : إذا كان العبد كله محجوراً، وقد اشترى وباع، ولحقه ديون، وحصل فى يده كسب بسبب التجارة، ولحقه ديون بسبب التجارة، فإن ما فى يده من الكسب الذى وجب الدين بسببه، يصرف إلى دينه استحساناً، وفى القياس : لا يصرف، ويكون كله للمولى، ويتأخّر حق الغرماء إلى ما بعد العتق.

وجه القياس فى ذلك ظاهر، وهو أن العبد مأذون له فى النصف، محجور فى النصف، والكسب مشترك بين الموليين لكون العبد مشتركًا بينهما، فوجب أن يتعلق الدين بحصة الآذن من الكسب، ولا يتعلق بنصيب الذى لم يأذن قياسًا على الرقبة، فإنه إذا لم يكن فى يده كسب، وقد لحقه ديون، فإنه يتعلق الدين برقبته فى نصيب الآذن، لا فى نصيب الذى لم يأذن؛ لأنه محجور فى نصيب غير الآذن، وهذا دين لزمه بالقول، لا بالفعل، ولم يفعل ولم يتعلق الدين بالرقبة فى نصيب الآذن[1]، فكذلك فى الكسب.

ودليله ما لو كان الدين واجبًا عليه، لا بسبب الكسب الذى كان فى يده، فإنه لا يصرف جميع ذلك إلى دينه، وإنما يصرف إلى دينه نصيب الآذن، فكذلك هذا، هذا هو الكلام فى العبد المشترك.

وإن كان العبد كله محجوراً عليه، فما حصل له من الكسب مال مولاه، وما لزمه من الدين، لزمه بقوله، فيجب أن لا يتعلق بكسبه، كما لو كان الكسب مستفاداً من الهبة، أو من الاحتطاب، أو من الاحتشاش، فهذا وجه القياس، وإنه ظاهر.

وجه الاستحسان فى ذلك : وهو أن الكسب زيادة حدثت بالسبب الذى حصل به النقصان، فإنّ النقصان حصل بسبب الدين، والكسب حصل بهذا السبب، فبالشراء وجب عليه دين، واستفاد به المشترى، والأصل أن الزيادة متى حدثت بالسبب الذى به حصل النقصان، فإن الزيادة تجعل خلفًا عن النقصان قائمًا مقام النقصان، كما قالوا : فيمن غصب من آخر جارية، فولدت عنده ولداً، وأوجبت الولادة نقصانًا فى الأم، وفى الولد وفاء بالنقصان، فإنه يقوم مقام النقصان، كأن الأجزاء التى فاتت بالولادة[2]

(١) وفى تصحيح "ظ" : غير الآذن.

(٢) وفى الأصل و"م" : كالأجراء التى قامت بالولادة.

قائمة على حالها، حتى لم يضمن الغاصب من ماله للمغصوب منه شيئًا؛ لأن الزيادة حدثت بالسبب الذى حصل به النقصان، وهو الولادة، فكذلك ههنا الزيادة حدثت بسبب الدين، فتقوم مقامه، وإذا قام الكسب مقام الدين نقول: لو أمكن لصاحب الدين أخذ الدين بعينه من العبد، كان له الأخذ، سواء كان العبد مأذونًا، أو محجورًا عليه، كما لو كان عنده دويعة، أو غصب، وكذا إذا أمكنه أخذ بدله، وهو الكسب كان له أخذه، كان عنده وديعة له، أو غصب.

وعن هذا قالوا: لو استقرض المحجور مالا، والمال فى يده، وأراد المولى أن يأخذه منه لم يكن له ذلك، بل يصرف إلى دينه؛ لأنه حصل هذه الزيادة بالسبب الذى حصل به الدين، فقام مقام الدين، كذا ههنا، بخلاف الرقبة؛ لأن الرقبة لم تحدث بالسبب الذى حصل به النقصان، فإن النقصان حصل بالدين، والرقبة كانت حادثة قبل لحوق الدين والزيادة متى لم يحدث بالسبب الذى حصل به النقصان، فإنه لا يقوم مقام النقصان، فلا يمكننا أن نجعل قيام الرقبة كقيام عين الحق، وإنه ليس بخلف.

فأما الكسب فإنه خلف عن الدين، فكان قائمًا مقام عين الملك الذى أخذه من الديون[1] من حيث الحكم، فالكسب من حيث الحقيقة ليس بعين الحق، ومن حيث الحكم عين حقه، هذا إذا كان الكسب مستفادًا بالسبب الذى وجب به الدين.

فأما إذا كان الكسب مستفادًا، لا بالسبب الذى وجب به الدين يصرف إلى الدين نصيب الآذن، ولا يصرف نصيب غير الآذن؛ لأنه لا يمكن أن يقام هذا الكسب مقام النقصان؛ لأنه حدث بسبب آخر غير السبب الذى حدث به النقصان، فلا يقوم مقام الدين حتى يصير الغريم آخذًا عين حقه حكمًا، وكان كالغاصب إذا قطع يد الجارية، ثم حدث الولد، وبالولد وفاء بالنقصان الحاصل بالقطع، لا يقوم مقام النقصان؛ لأنه لم يحدث بالسبب الذى حدث به النقصان، فلم يقم مقامه، فكذلك هذا.

وأما إذا لم يعلم حال الكسب أنه حدث بالسبب الذى به وجب الدين، أو بسبب آخر غير السبب الذى به وجب الدين، وقد اختلف المولیان فى ذلك، فقال الساكت: حصل الكسب لا بالسبب الذى وجب الدين به، بأن قال: استفاده بالهبة لا بالتجارة،

---

(١) وفى الأصل: المديون.

فإنه بيننا نصفان، وقال: الآذن مع العبد[1]، لا، بل استفاده بالتجارة التي هي سبب وجوب بالدين، والكل مصروف إلى الدين، فالقول قول المولى قياسًا، وفي الاستحسان: القول قول العبد.

وجه القياس في ذلك: أن نصف العبد محجور عليه، ولو كان كل العبد محجور عليه، وفي يده مال، فقال العبد: بايعت الناس، ولحقني ديون، فهو مال الغرماء، وقال المولى: هو مالي، أو قال: وهب لك، فالقول قول المولى، فكذا في النصف الذي كان محجوراً عليه، يجب أن يعتبر كذلك؛ لأن كل نصف كعبد على حدة لافتراق حكمها.

وللاستحسان: عبارتان: إحداهما: أن العبد هو المكتسب لما في يده، وإنه يملك الهبة والتجارة جميعًا، فإنه مأذون له بالنصف، وإذا وقع الإشكال والالتباس وجب الرجوع في البيان إليه؛ لأنه أعلم الناس به، بخلاف ما لو كان الكل محجوراً؛ لأنه لا يملك التجارة، وإنما يملك الهبة لا غير.

والثانية: أنا لو اعتبرنا كونه محجوراً عليه في النصف مانعًا من صحة إقراره، أدّى إلى إبطال حقوق الناس؛ لأن الإذن متى صح في النصف، فإنه يتاجر مع الناس، فيبايعونه ويودّعونه ويقرضونه، فلو قلنا: إنه لا يصح إقراره في النصف الذي هو ليس بمأذون أدّى إلى الغرور، وإلى إبطال حقوق الناس.

وإلى هذا أشار محمد رحمه الله، فتركنا القياس فيما إذا كان نصف العبد مأذونًا صيانة لحقوق الناس، بخلاف ما إذا كان العبد كله محجورًا؛ لأن الناس لا يتاجرون معه، وإن فعلوا كانوا راضين بإبطال حقوقهم، فكانوا مغترّين لا مغرورين، أما ههنا بخلافه.

١٨٨٨٥- وإذا كان العبد بين رجلين، أذن له أحدهما في التجارة، فاشترى، وباع، ومولاه الذي لم يأذن له يراه، فلم ينهَه كان هذا إذنًا له في التجارة؛ لأن سكوت المولى في هذه الحال مما يرفع الحجر عن كل العبد، إذا لم يسبق منه ما يمنع رفع الحجر حال سكوته، فلا يرفع الحجر عن نصف العبد، ولم يسبق منه ما يمنع رفع الحجر حال سكوته أولى.

---

(١) هكذا في "ظ" و "م"، وكان في الأصل و "ف": للعبد.

فإن كان الذى لم يأذن له أتى أهل سوقه، ونهاهم عن مبايعته، وقال: إن بايعتموه، فهو فى نصيب صاحبى، ثم رآه بعد ذلك يشترى ويبيع وسكت، فالقياس أن يصير نصيبه مأذونًا، وفى الاستحسان: لا يصير نصيبه مأذونًا.

وجه القياس: أن جميع العبد لو كان محجورًا، فرآه المولى يبيع ويشترى فسكت، يصير مأذونًا فى التجارة، فكذا إذا كان نصفه محجورًا عليه اعتبارًا للنصف بالكل.

وجه الاستحسان: أن سكوت المولى إنما يجعل إذنًا إذا لم يسبق منه ما يوجب نفى الإذن حالة السكوت، أما إذا أسبق[1] منه ما يوجب نفى الإذن حالة السكوت، لا يجعل إذنًا، فإن المولى إذا قال لأهل السوق: إذا رأيتم عبدى هذا يتجر، فلا تبايعوه[2]، ثم رآه بعد ذلك يتجر، فسكت ولم ينهَه، لا يصير مأذونًا فى التجارة؛ لأنه تقدّم منه ما يوجب نفى الإذن، وهذا لأنه إذا تقدّم منه ما يوجب نفى الإذن حالة السكوت، وقد علم به عامّة أهل السوق، حتى لم يصر مأذونًا لا يؤدّى إلى الغرور والضرر بالناس.

١٨٨٨٦ - إذا ثبت هذا، فنقول فى مسألتنا هذه: سبق منه ما يوجب نفى الإذن حالة السكوت؛ لأنه أعلم أهل السوق أنه ينهيه عن المبايعة، والعمل بحقيقة النهى عن التجارة متعذّر إذا كان نصيب صاحبه مأذونًا؛ لأنه يتّجر بعد نهيه بحكم الإذن من جهة صاحبه، وإذا كان لا يعمل نهيه بحقيقته، متى كان نصيب الآخر مأذونًا جعلنا نهيه عبارة عن نفى الإذن، متى رآه يتّجر فيسكت، حتى لا يلحق هذا النهى، وإذا صار هذا النهى عبارة عن نفى الإذن، صار كأنه صرح بذلك، وقال: إن رأيت عبدى يتّجر فسكت، فلا إذن له، وأعلم بذلك أهل السوق، ولو قال: ذلك، ثم رآه يتّجر فسكت، لا يصير مأذونًا.

وهذا بخلاف ما لو كان العبد كله محجورًا، وقد نهى أهل السوق عن المبايعة معه، ثم رآه يتّجر فسكت، فإنه يصير مأذونًا، وإن سبق هذا السكوت نهى عن التجارة؛ لأن العمل بحقيقة هذا النهى ممكن إذا كان العبد كله له، فإن بعد ما نهيه عن التجارة لا

(١) هكذا فى "ظ" و "ف"، وكان فى الأصل و "م": سبق.

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى "م": فلا تبايعن، وفى "ظ": فلا إذن له فى التجارة، ثم رآه.

يمكنه أن يتّجر، وإذا أمكن العمل بحقيقة هذا النهى لم يجعل النهى عن التجارة عبارة عن نفى الإذن حال سكوته، وهو يتّجر، وإذا لم يصر عبارة عن نفى الإذن حال سكوته لم يسبق سكوته حال ما يتّجر ما يوجب نفى الإذن، فصار مأذونًا بخلاف ما نحن فيه، وهذا بخلاف ما لو صرّح بالإذن بعد النهى، فإنه يصير مأذونًا وإن تقدم هذا الإذن ما يوجب نفى الإذن؛ لأن صريح الإذن يصحّ، وإن سبقه نفى الإذن، فإن المولى إذا قال له: لا آذن له فى التجارة، ثم أذن، يصح الإذن، ويكون الثانى ناسخًا للأوّل؛ لأنه مثله.

وأما السكوت دون النصّ فمتى سبق السكوت ما يوجب نفى الإذن حالة السكوت لايثبت الإذن بالسكوت -والله أعلم-.

الفصل الثامن
فى إقرار العبد المأذون له والمحجور وفى إقرار مولاهما

هذا الفصل يشتمل على أنواع: النوع الأول:

١٨٨٨٧ - العبد المأذون إذا أقر لعبد فى يديه، أنه ابن فلان ابن فلان أودعه، أو قال: إنه حرّ لم يملك قطّ، فالقول قوله، والأصل فى جنس هذه المسائل: أن المأذون إذا أقر بحرية طارئة لما فى يده لا يصحّ إقراره؛ لأنه لا يملك إنشاء حرية طارئة، فلا يملك الإقرار بها، ومتى أقرّ بحرية الأصل الثابتة بالظاهر، صح إقراره؛ لأن حصول الحرية لا يكون مضافًا إلى إقراره، وإنما يكون مضافًا إلى الدار، فإن دار الإسلام دار حرية، أو إلى كونه من بنى آدم؛ لأن الأصل فى بنى آدم الحرية، و إنما يكون مقرًا بحرية طارئة إذا ظهر فى العبد المقرّ به أمارات الرق وعلاماته، وذلك بأن أقر المأذون بأن هذا مملوك ورقيق، و صدّقه المملوك فى ذلك إن كان ممن يعبّر عن نفسه، فإن كان ممن لا يعبّر عن نفسه، حتى كان القول قول المأذون: إنه مملوك، ثم أقر أنه حرّ الأصل، فإن إقراره لهذا إقراره بحرية طارئة، فلا يصح.

فأما إذا لم يظهر فى العبد المقرّ له أمارات الرق وعلاماته، فأقر المأذون أنه حرّ الأصل، فهذا إقرار بحرية الأصل لا بحرّية طارئة، فيصحّ من المأذون، وفيما إذا قال: هذا العبد ابن فلان أودعه فلان لم يظهر فى العبد المقرّ له أمارات الرق؛ لأنه لم يوجد إلا مجرّد يد المأذون عليه، ويد المأذون كما يثبت على الرقيق، يثبت على الحرّ، فإنه قد يودع عنده الحرّ، وقد يستأجر الحر ليعمل له عملا، فثبت عليه يده، فإذا قال: إنه ابن فلان، أو قال: إنه حرّ الأصل، كان هذا إقرارًا بحرية الأصل، فيصحّ منه.

ولو كان المأذون اشترى عبدًا من رجل، وقبضه بمحضر من العبد، والعبد ساكت، ثم أقر أنه ابن فلان، أو أنه حرّ الأصل لم يملك قطّ، لم يصدق؛ لأنه أقر بحرية طارئة؛ لأنه ظهر فى الغلام المقر له أمارات الرق وعلاماته، فإنه بيع وسلم، وهو ساكت، وهذا يكون إقرارًا بالرق من الغلام.

فقد ذكرنا فى كتاب الإقرار : أن مجهول النسب إذا بيع وسلم ، وهو ساكت ، كان ذلك منه إقرارًا بالرق ، حتى لو ادّعى بعد ذلك أنه حرّ الأصل لا يقبل قوله .

١٨٨٨٨ - ولو أقرّ العبد المأذون أن هذا العبد الذى اشتراه من فلان قد كان أعتقه قبل أن يبيعه منه ، فاشتراه وهو حرّ ، وأنكر البائع ذلك ، فإن العبد[١] مملوك له على حاله ، ولا يصدّق المأذون على ما أقر به على البائع ؛ لأن المشترى من البائع لو كان حرًا ، وأقر بمثل ما أقرّ به المأذون ، لايصدّق على البائع ، فكذا إذا كان المشترى مأذونًا إلا أن المشترى إذا كان حرًا ، فالعبد يعتق عليه بحكم إقراره ، وإذا كان عبدًا مأذونًا ، فالعبد لا يعتق عليه ؛ لأن هذا إقرار بحرية طارئة بعد الرق ، وإنه صحيح من الحرّ ، غير صحيح من العبد المأذون ، ولو كان العبد المأذون لم يقر بشيء من ذلك ، و لكنه أقر أن البائع كان باع هذا العبد من فلان قبل أن يبيعه منى[٢] ، وصدّقه فلان فى ذلك ، وكذبه البائع ، فإن المأذون لا يصدّق فيما ادّعى على البائع حتى لا يستردّ الثمن من البائع ، ويصدق فى حق نفسه ، حتى يؤمر بدفع العبد إلى فلان ؛ لأن المأذون أقر بعين فى يده أنه لأجنبىّ ، وإقرار المأذون بذلك صحيح[٣] فى حق نفسه ، وإن أقرّ البائع بما ادّعى المأذون ، رجع المأذون على البائع بالثمن ، وكذلك لو أقام المأذون البيّنة على ما ادّعى على البائع ، أو حلف المأذون البائع على ما ادّعى ونكل ، رجع المأذون على البائع بالثمن ، فقد جمع محمد رحمه الله بين ثلاثة فصول : إقرار البائع بما ادّعاه المأذون ، وإقامة المأذون البيّنة على البائع ، وتحليف المأذون البائع على ما ادّعاه ، وأجاب فى الكل أن المأذون ، يرجع على البائع بالثمن .

وهذا الجواب ظاهر فى فصل الإقرار ؛ لأن أكثر مافى الباب أن دعوى المأذون لا يصحّ لمكان التناقض ، وصار من حيث التقدير كأنه لم يدّعِ ، فإقرار البائع يصحّ ؛ لأن الدعوى ليس بشرط لصحة الإقرار ، وإذا صحّ إقرار البائع لزمه ردّ الثمن ؛ لأن المبيع لم يسلم للمأذون من جهة البائع بزعمه ، والمأذون صدّقه فى ذلك ، فكان له أن يرجع

(١) وفى "م" : فإن هذا العبد .

(٢) وفى الأصل : قبل أن يسومنى .

(٣) وكان فى الأصل : غير صحيح .

بالثمن.

أما يشكل في فصل إقامة البينة، وفي تحليف البائع، وكان ينبغي أن لا يسمع البينة من المأذون على ما ادّعى، ولا يكون له حق تحليف البائع على ما ادّعاه؛ لأن سماع البينة يترتب على دعوى صحيحة، وكذا حق التحليف يترتب على دعوى صحيحة، وهذا الدعوى من المأذون لم يصحّ لمكان التناقض؛ لأنه يدّعى أن البائع باع منه المغصوب، وإقدامه على الشراء إقرار منه أن المشترى ليس بمغصوب، فهو معنى قولنا: إن المأذون متناقض في هذا الدعوى، والتقريب ما ذكرنا.

وقد وضع محمد رحمه الله هذه المسألة في "الزيادات" وفي "الجامع" في الحر: وذكر أن المشترى لو أقام البيّنة على ما ادّعى من بيع البائع المبيع من غيره قبل أن يبيعه منه أنه لا يسمع دعواه، ولو أراد أن يحلف البائع على ذلك، ليس له ذلك؛ لأن دعواه لم تصح لمكان التناقض على ما ذكرنا، فلا يترتب عليه سماع البيّنة والتحليف، فمن مشايخنا من لم يصحح ما ذكر في المأذون، ومنهم من صحّحه.

وقال: في المسألة روايتان: على رواية "الزيادات" و"الجامع": لا تسمع البينة، ولا يحلف البائع، وعلى رواية المأذون: تسمع البينة، ويحلف البائع.

وجه ما ذكر في المأذون أن المناقضة ثابتة من حيث الظاهر، لا من حيث النصّ، فإن المشترى لم يقرّ نصّا أن البائع ليس بغاصب، إنما أثبتنا هذا الإقرار من حيث الظاهر، فإن الظاهر أن العاقل المسلم لا يشترى من الغاصب، والظاهر يصلح حجة للدفع، لا للإبطال، فلم يجز إبطال بيّنة المشترى بالمناقضة الثابتة من حيث الظاهر، فكانت البيّنة مقبولة، واليمين مستحقة، حتى لو أقر المشترى أيضًا: أن البائع ليس بغاصب، فإنه بسبيل[1] من بيعه، ثم ادّعى أنه كان غاصبًا، ولم يكن بسبيل من بيعه، لم يصحّ دعواه، ولم تسمع بينته على الروايات كلها، وقيل: ما ذكر في "الجامع" و"الزيادات" قياس، وما ذكر في المأذون استحسان.

(١) هكذا في "ظ"، وكان في الأصل: يسيل، وفي "م": يسأل.

نوع آخر:

١٨٨٨٩- وإذا أقر العبد بدين، فهو على وجهين: إن أقرّ بدين التجارة صحّ إقراره في حق المولى، حتى يؤاخذ به للحال، وإن أقر بدين ليس هو من دين التجارة، لا يؤاخذ به للحال، وإنما يؤاخذ به بعد العتق، وهذا لأن الإقرار بدين التجارة مما لا بدّ للتاجر منه، فكان داخلا تحت الإذن، وما دخل تحت الإذن، فالعبد فيه بمنزلة الحرّ، فأما الإقرار بما ليس من دين التجارة ليس بتجارة، وللتاجر منه بدّ، فلا يدخل تحت الإذن، وما لم يدخل تحت الإذن، فالحال فيه بعد الإذن كالحال قبله.

١٨٨٩٠- قال في "الأصل": وإذا أقر العبد المأذون بغصب، أو وديعة جحدها، أو مضاربة، أو بضاعة، أو عارية جحدها، أو دابة عقرها، أو ثوب أحرقه، أو آجر أجيرًا ومهر جارية اشتراها ووطئها، فاستحقت من يده، فذلك كله لازم يؤاخذ به للحال؛ لأن الإقرار بهذه الديون إقرار بدين التجارة، أما أجر الأجير فظاهر؛ لأن التجارة مبادلة المال بالمال، وقد وجب هذا الدين بمبادلة المال بالمال، فكان دين تجارة.

وأما ضمان الغصب لأن ضمان الغصب مفيد للملك في المضمون، والمضمون مال، فكان بمنزلة الإقرار بالثمن، وأما الإقرار بأمانة جحدها، فلأنه إقرار بالغصب؛ لأن الأمين يصير غاصبًا للأمانة، متى جحدها، وأما إذا عقر دابة، أو أحرق ثوبًا، قالوا: ما ذكر من الجواب في "الأصل" محمول على ما إذا أخذ أولا، ثم عقر، أو أحرق، حتى يصير غاصبًا لها بالأخذ، فيجب الضمان من وقت الأخذ، وفي تلك الحالة المضمون مال، فأما إذا أحرق قبل القبض، أو عقر الدابة قبل القبض، فإنه لا يصح إقراره، حتى يؤاخذ للحال في قول أبي يوسف.

وعند محمد رحمه الله: يؤاخذ به للحال، فإنه في أول ما يلاقيه النار يصير ضامنًا قبل أن يحترق الكل، وفي تلك الحالة المضمون مال، فالإحراق يفيد الملك فيما هو مال، فيكون تجارة.

وأما الإقرار بمهر جارية اشتراها فوطئها، فاستحقت؛ لأنه إنما لزمه العقر بسبب الشراء، فإنه لو لا الشراء كان يجب عليه الحد، ولما كان وجوب العقر بسبب الشراء،

صار العقر بمنزلة الثمن، ولا يصح منه الإقرار بجناية على عبد، أو حرّ، أو مهر، وجب عليه بنكاح جائز، أو فاسد، أو شبهه، حتى لا يؤاخذ به للحال، وإنما يؤاخذ به بعد العتق؛ لأن هذه الديون ليست ديون التجارة.

١٨٨٩١- قال: وإذا أقر المأذون بديون كثيرة، فإن الغرماء يشتركون فيما كان فى يده من الكسب، وفى ثمن رقبته إذا بيع، ولا يكون المتقدّم من الغرماء مقدّمًا على المتأخّر؛ لأن الديون كلها وجبت فى حالة واحدة، وهى حالة الإذن، ومتى كانت الحالة واحدة لا يترتب الديون، ولا يكون المتقدّم أولى من المتأخّر، كالمريض إذا أقرّ بالديون فى مرضه لا يترتب الديون، ولا يكون المتقدّم أولى من المتأخر؛ لأن الحالة واحدة، وهى حالة المرض، فكذا هذا بخلاف ما إذا أقرّ المريض بالدين، وعليه دين الصحة، فإن دين المريض متأخّر عن دين الصحة؛ لأن الحالة قد اختلفت، فإن دين الصحة فى حالة الصحة، ودين المرض وجب فى حالة المرض، والصحة مع المرض حالتان مختلفتان من حيث الحكم، فإن حالة الصحة حالة إطلاق، وحالة المرض حالة حجر، فإنه لحقه بالحجر عن التبرّعات، وبسبب اتحاد الحالة تجعل الديون المتفرّقة كالمجتمعة، فإذا كانت الحالة قد اختلفت لم يثبت الجمع، فيبقى متفرّقًا، فيجب مراعاة الترتيب.

١٨٨٩٢- قال: ولو أقرّ العبد بمال فى يده بعينه أنه لفلان غصبه منه، أو أودعه إياه، وعليه دين كثير محيط برقبته، وبجميع ما فى يده، فإن إقراره جائز، يبدأ بالذى أقر له بعينه، فيعطى له ما أقرّ به، وإن أتى على جميع ماله، بخلاف المريض، إذا أقر بعين فى يده وديعة، أو غصب، وعليه دين الصحة، فإنه لا يصح إقراره بالعين، ويكون المقرّ له أسوة لغرماءه إن كان عليه دين المرض.

والفرق: وهو أن المطلق لجواز إقرار الحرّ فى ماله الملك الخالص من حق الغير حتى لو أقر بملكه، وقد تعلق به حق الغير، بأن أقرّ بالمرهون مثلا لا يصحّ إقراره، بالمرض يتعلق حق الغرماء بماله، فقد أقر المريض بعين، وقد تعلق به حق الغرماء، فلم يصحّ.

فأما المطلق لجواز إقرار العبد بما فى يده الإذن لا خلوص المقرّبه عن حق الغير، فإن إقراره بالعين والدين جائز، إذا لم يكن عليه دين، وإن تعلق بما فى يده من كسبه حق المولى، وإذا كان المطلق لجواز إقرار العبد بما فى يده الإذن لا خلوص المقرّ به عن حق

الغيـر ، فنقـول : لم يقع فى الإذن خلل ، وإن لحقـه دين ، وإذا لـم يقع الخلل فى الإذن بلحوق الدين ، جاز إقراره بالعين ، كما يجوز إقراره بالدين ، وإن تعلق بما فى يده حق المولى .

قياس مسألة المريض من مسألة العبد أن لو أقر لمولاه بالعين ، و عليه دين لم يصحّ إقراره ؛ لأن صحة إقراره للمولى يكون المقر به ملكًا للمولى على الخلوص ، لا بالإذن حتى لو أقرّ لمولاه بالعين ، وعليه دين لم يصح إقراره ؛ لأن صحة إقراره للمولى يكون المقرّ به ملكًا للمولى على الخلوص ، لا بالإذن حتى لو أقر بما فى يده للمولى قبل الإذن جاز إقراره للمولى ، وإذا كان المطلق لجواز إقراره للمولى كون المقرّ به ملكًا للمولى على الخلوص ، لا الإذن ، فإذا تعلق بملك المولى حق الغير ، فقد وقع الخلل فى المطلق ، فلم يصحّ إقراره .

نوع آخر:

١٨٨٩٣- وإذا حجر الرجل على عبده المأذون له فى التجارة ، ثم إن العبد أقرّ على نفسه ، فهذا على وجهين : إن لم يكن فى يده كسب الإذن ، فإنه لا يصحّ إقراره للحال ، حتى لا يؤاخذ به للحال ، سواء كان عليه دين الإذن ، أو لم يكن عندهم جميعًا .

أما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله : فلأنه لا يصح إقراره بعد الحجر ، وإن كان فى يده كسب الإذن ، فأما إذا لم يكن فى يده كسب الإذن أولى ، وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله : فلأن إقراره إنما يصح فى حق المولى بعد الحجر ، وإن كذبه المولى ، إذا كان فى يده كسب الإذن ، لبقى أثر الإذن ، فأما إذا لم يكن فى يده كسب الإذن ، فإنه لا يصح إقراره لزوال الإذن والأثر جميعًا ، ولا بدّ لصحة إقرار العبد من أحدهما .

١٨٨٩٤- وأما إذا كان فى يده كسب الإذن ، فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه : إما أن يكون كله فارغًا عن دين الإذن ، أو كان كله مشغولا بدين الإذن ، أو كان بعضه فارغًا عن دين الإذن ، وبعضه مشغولا ، فإن كان كله مشغولا بدين الإذن ، فإنه لا يصح إقراره فى حق الكسب الذى فى يده ، حتى لا يشارك المقرّ له بعد الحجر غرماء الإذن فى كسب

الإذن، بل يكون جميع ما فى يده من الكسب لغرماء الإذن.

وإنما لم يصح إقراره فى حالة الحجر فى حق غرماء لوجهين: الأول: أن أحد الدينين وجب فى حالة الإطلاق من كل وجه، والآخر وجب فى حالة الإطلاق من وجه، وفى حالة الحجر من وجه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض الواجب بإقرار المريض، ودين المرض الواجب بإقرار المريض مؤخر عن دين الصحة، حتى إذا كان جميع مال المريض مشغولا بدين الصحة، لا يصح إقراره بالدين فى حق غرماء الصحة، فكذلك هذا.

والثانى: أن إقرار العبد بعد الحجر إذا كان فى يده كسب الإذن بمنزلة إقرار الوارث على مورثه؛ لأن صحة إقرار العبد بعد الحجر، وإن كذبه المولى فى ذلك باعتبار ما فى يده من الكسب عند أبى حنيفة رحمه الله، لا باعتبار أنه مكلف حتى لو لم يكن فى يده كسب لم يصح إقراره فى حق المولى كإقرار الوارث على مورثه، إنما صحّ باعتبار ما فى يد الوارث من التركة، لا من حيث إنه مكلّف حتى لو لم يكن فى يده من التركة شىء، فإنه لا يصحّ إقراره على المورث، ثم إن الوارث إذا أقرّ بدين على مورّثه لا يصحّ إقراره إذا لم يترك الميت شيئًا، وإذا ترك، فإنه يصحّ إذا كان فارغًا عن دين الميت، وإن كان كله مشغولا بدين الميت، فإنه لايصح، فكذلك هذا.

وإن كان بعض ما فى يد العبد من الكسب بعد الحجر فارغًا عن دين الإذن، وبعضه مشغولا، صح إقراره عند أبى حنيفة رحمه الله بقدر الفارغ عن دين الإذن على العبارتين جميعًا.

أما على العبارة الأولى: فلأن دين الحجر من دين الإذن بمنزلة دين الصحة من دين المرض، ثم مال المريض إذا كان بعضه مشغولا بدين الصحة، وبعضه فارغًا، صحّ إقراره فى حالة المرض بقدر الفارغ عن دين الصحة، فكذلك هذا و على العبارة الثانية فلأن إقرار العبد بعد الحجر بمنزلة إقرار الوارث على مورثه بعد موته، وإقرار الوارث على مورثه، وبعض التركة مشغول بدينه، وبعضه فارغ يصح بقدر الفارغ، فكذلك هذا.

وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: إقراره بعد الحجر باطل، لا يلزمه من ذلك قليل ولا كثير فى الأحوال كلها، متى كذبه المولى فى ذلك، و ما قالا: قياس، وما

قال أبو حنيفة رحمه الله: استحسان، وهذا كله إذا كان العبد باقيًا في ملك الآذن.

فأما إذا خرج عن ملكه بسبب من أسباب الملك كالبيع أو الهبة، ونحو ذلك، ثم أقر، فإنه لا يصح إقراره عندهم جميعًا، سواء كان في يده كسب، أو لم يكن.

نوع آخر:

١٨٨٩٥- وإذا أقر العبد المأذون لمولاه، إن أقر بالدين لا يصح إقراره، سواء كان عليه دين، أو لم يكن، وإن أقر له بعين في يده، فإن كان عليه دين، لا يصح إقراره، وإن لم يكن عليه دين يصح إقراره، وفائدة صحة هذا الإقرار أنه متى لحق العبد المقر بعد ذلك دين، فإنه لا يتعلق الدين بالعين الذي أقر به للمولى، والوجه في ذلك أن المولى من عبده ينزل منزلة المورث من الوارث؛ لأن المولى يملك كسب العبد إذا فرغ الكسب عن دين العبد من جهة العبد، كما أن الوارث يملك التركة من جهة المورث.

ثم المورث إذا أقرّ بعين من أعيان ماله لوارثه، جاز، إن كان العين المقرّ به فارغًا عن حق الغريم، وعن حق وارث آخر، ولا يجوز إذا كان العين المقرّ به مشغولا بحق الغريم، أو بحق وارث آخر، فكذا هذا، فقد جوّز إقرار العبد للمولى بالعين متى لم يكن على العبد الدين، ولم يجوّز إقراره للمولى بالدين، وإن لم يكن عليه دين.

والفرق أنه لا يجوز أن يثبت للمولى على عبده دين، سواء كان على العبد دين، أو لم يكن، و يجوز أن يثبت للمولى قبل عبده المطالبة بتسليم عين إليه، بأن يكون غصب منه عينًا، أو أودعه وديعة بعينها، فلهذا افترقا -والله أعلم-.

نوع آخر:

١٨٨٩٦- وإذا أقر العبد المأذون في مرض موت المولى بدين من غصب، أو بيع، أو قرض، أو وديعة قائمة بعينها، أو مستهلكة، أو مضاربة قائمة بعينها، أو مستهلكة، أو غير ذلك من التجارات، فهذا على وجهين: إن كان على المولى دين، وجب في صحته يحيط بماله وبرقبة العبد، وبما في يده، فإقراره باطل، وإن لم يكن عليه دين،

فإقراره جائز.

يجب أن يعلم بأن إقرار العبد فى مرض موت المولى بالدين على نفسه، وعلى المولى دين الصحة لم يصحّ، إذا لم تكن فى مال المولى، وفى رقبة العبد، وفيما فى يده فضل على دين المولى، وإن كان على المولى دين قد أقر به فى مرضه، فإقرار العبد على نفسه بالدين فى مرض المولى صحيح، وإنما كان كذلك؛ لأن إقرار العبد بضمان التجارة استفيد من جهة المولى؛ لأن جواز إقراره بسبب إذن المولى، ولما كان جواز إقراره مستفادًا من جهة المولى نزل إقراره منزلة إقرار المولى، والمولى إذا أقر على نفسه بالدين فى مرضه، وعليه دين الصحة يحيط بجميع ماله، لا يصح إقراره فى حق غريم الصحة، وإذا كان عليه دين المرض، وأقر بدين آخر فى المرض يصح إقراره الثانى فى حق الغريم الأول، وجعل الإقراران بحكم اتحاد الحالة كأنهما وجدا معًا، فكذا فى حق العبد.

وعن هذا قلنا: إن العبد المأذون إذا أقرّ بالدين لوارث مولاه فى مرض موت المولى لايصحّ إقراره، سواء كان على العبد دين، أو لم يكن، والمعنى ما ذكرنا أن إقرار العبد فى مرض موت المولى كإقرار المولى، والمولى لو أقر فى مرض موته بالدين لبعض ورثته لا يصح إقراره، فكذا إذا أقر العبد.

١٨٨٩٧- وإن كان فى مال المولى، وفى العبد[١]، وفيما فى يده، فضل على دين المولى صح إقرار العبد، وبدئ بدين المولى، فيقضى من العبد، و مما فى يده دين صحة المولى، والفضل لغرماء العبد، وهذا لما ذكرنا: أن إقرار العبد بمنزلة إقرار المولى، والمولى إذا أقرّ بدين فى مرض موته، وعليه دين الصحة، وله من المال ما يفى بدين صحته وزيادة، يصح إقراره، ويقضى دين صحته أولا، والفضل يكون لغرماء المرض، كذا ههنا.

وإن كان مال المولى غائبًا، وبيع العبد، وما فى يديه، وقضى به دين المولى، ثم حضر مال المولى، وقد بقى من دين المولى شىء، فإن القاضى يقضى من المال الذى حضر ما بقى من دين المولى، فإن فضل شىء من ذلك، نظر القاضى فيما بقى، فيأخذ منه مقدار ثمن العبد، وثمن كسبه، وقضى من ذلك دين العبد؛ لأنا نعتبر ما حضر من

(١) هكذا فى "ظ"، وفى غيرها: وإن كان فى مال المولى فى العبد.

مال المولى بما لو كان حاضراً فى الابتداء.

١٨٨٩٨- ولو كان مال المولى حاضراً فى الابتداء، وبه وفاء بديونه، فإن رقبة العبد، وما فى يد العبد يصرف إلى ديون العبد، كذا ههنا، هذا إذا كان على المولى دين الصحة، ولم يكن على العبد دين، حتى أقر فى مرض المولى بدين على نفسه.

فأما إذا كان على كل واحد منهما دين وجب فى صحّة المولى، وأقرّ العبد على نفسه بدين فى مرض موت المولى، فهذه المسألة على وجوه: أحدها: أن يكون فى رقبة العبد، وفيما فى يده فضل عن دين العبد الذى وجب عليه فى صحة المولى، ولا يفضل عن دين المولى، وفى هذا الوجه لا يصح إقرار العبد؛ لأن الفاضل عن دين العبد مال فارغ عن دين العبد، فصار فى حقه كأن لا دين على العبد، وعلى المولى دين الصحة، ولو لم يكن على العبد دين، وعلى المولى دين الصحة لا يصحّ إقرار العبد بالدين فى مرض المولى، كذا ههنا.

ويبدأ من كسب العبد مالية رقبته بدين العبد الذى كان فى صحة المولى؛ لأن دين العبد أسبق تعلقًا برقبة العبد وكسبه، ولأن حق غريم المولى إنما يتعلق برقبة العبد من جهة المولى، وحق غريم العبد فى رقبة العبد كان مقدّمًا على حق المولى، فكذا يكون مقدّمًا على حق غريم المولى، ثم يقضى من الفاضل دين غريم المولى.

الوجه الثانى: أن يكون فى رقبة العبد، وفيما فى يده فضل عن دين المولى والدين[1]، الذى وجب عليه فى صحة المولى، وفى هذا الوجه يصح إقرار العبد بقدر الفاضل عن دينهما، فيبدأ بدين المولى، ثم يقضى دين العبد الذى وجب فى حالة صحة المولى، ثم يصرف الفاضل إلى الذى أقرّ له العبد فى مرض المولى.

الوجه الثالث: أن لا يكون فى رقبة العبد، وفيما فى يده فضل عن دين العبد، وفى هذا الوجه لا يصحّ إقرار العبد، هكذا ذكر محمد رحمه الله هذه المسألة فى الكتاب.

قال: وينبغى أن يصحّ إقرار العبد فى هذه الصورة؛ لأن رقبة العبد وما فى يده كله مشغول بدين العبد، وشغل رقبة العبد وما فى يده بدين العبد لا يمنع جواز إقرار العبد،

(١) هكذا فى "ظ"، وفى غيرها: والعبد الذى.

سواء وجب الدين على العبد فى حال صحة المولى، أو فى حال مرضه، كما لو لم يكن على المولى دين، بخلاف ما إذا لم يكن على العبد دين، أو كان عليه دين وجب فى صحة المولى، إلا أن فى رقبته، وفيما فى يده فضل عن دين العبد، فأقرّ العبد فى مرض المولى بالدين؛ لأن هناك الشغل بدين المولى، والشغل بدين المولى يمنع صحة إقرار العبد فى مرض المولى.

والجواب عن هذا الإشكال أن الشغل بدين العبد، إنما لا يمنع إقرار العبد فى مرض المولى، إذا لم يكن على المولى دين الصحة، أما إذا كان عليه دين الصحة، يمنع، وهذا لأنه إذا كان على المولى دين الصحة، لو صح إقرار العبد فى مرض المولى، فالمقر له فى مرض المولى يشارك غريم العبد الذى وجب دينه فى صحة المولى فى رقبة العبد وماليته، وإذا شاركه، وأخذ شيئًا كان لغريم صحة المولى أن يأخذ ذلك منه؛ لأن ذلك القدر فرغ عن دين غريم صحة العبد، وما يفضل عن دين غريم صحة العبد يكون غريم صحة المولى أولى بذلك.

فإذا أخذ ذلك من المقر له، يرجع المقر له بذلك فيما فى يد غرماء صحة العبد، ويقول: أنا وأنتم سواء؛ لأن دين العبد لم يمنع جواز إقراره، فإذا أخذ ذلك، كان لغريم صحة المولى أن يأخذ ذلك منه أيضًا، ثم وثم إلى أن لا يبقى فى يد غريم صحة العبد شيء، فكان فى تجويز إقراره فى مرض المولى، وعلى المولى دين الصحة إبطال حق غرماء صحة العبد عن رقبته، وما فى يده كله، و شغل العبد لا يحجر العبد عن الإقرار لغيره، إذا كان فيه إبطال حقهم عن البعض.

أما إذا كان فيه إبطال حقهم عن الكل يحجره، بخلاف إذا لم يكن على المولى دين الصحة؛ لأن هناك لو جوّزنا إقرار العبد فى مرض المولى لا يؤدّى إلى إبطال حق غريم صحة العبد عن كله، وإنما يؤدّى إلى إبطال حقهم عن البعض، وذلك جائز، ولو لم يكن على المولى دين صحة، وعلى العبد دين وجب فى صحة المولى يحيط برقبته، وبما فى يده، فأقر العبد فى مرض مولاه بدين مرض، أو بيع، أو غير ذلك من أنواع التجارات.

ثم إن المولى مات من ذلك المرض، فإن إقرار العبد صحيح، ويبيع القاضى رقبة

العبد، وما في يده، ويقسم الثمن بين غرماء العبد كلهم بالحصص لا يقدم البعض على البعض.

١٨٨٩٩- وكذلك لو أقر بشيء في يده بعينه لإنسان في مرض موت المولى، ولا دين على المولى صح إقراره، ويبدأ بالمقر له بالعين، والعبد بمرض المولى إنما يصير محجوراً عن الإقرار بالدين أو بالعين، إذا كان على المولى دين الصحة.

أما إذا لم يكن على المولى دين الصحة لا يصير محجوراً بمرض المولى عن ذلك، وسيأتي بيان ذلك بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وإذا كان على المولى دين الصحة يحيط بماله وبرقبة العبد، وما في يده، فاستقرض العبد في مرض المولى من رجل ألف درهم، وقبضها بمعاينة الشهود، ثم مات المولى، فإن القاضي يبيع العبد، وما في يده، ويبدأ بدين العبد، فإن فضل من ذلك شيء، يقضى به دين المولى.

١٨٩٠٠- وإذا أذن لعبده في التجارة، وقيمته ألف درهم، ولا مال له غير العبد، فمرض المولى، وأقر على نفسه بدين ألف درهم، ثم أقر العبد على نفسه أيضًا: بدين ألف درهم، ثم مات المولى، فإن القاضي يبيع العبد، ويقسم ثمنه بين المقرّ لهما نصفان؛ لأن الإقرار للمولى قد صح، وتعلق حق المقر له برقبة العبد؛ لأن العبد فارغ عن دينه، والعبد المأذون إذا كان فارغًا عن دينه يصح إقرار المولى بالدين في حق العبد، حتى يتعلق حق المقرّ له برقبة العبد؛ لما نبيّن بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وإقرار العبد بعد ذلك صح أيضًا، وإن كان على المولى دين إلا أن دين المولى دين المرض، ودين المرض لا يحجر العبد عن الإقرار بالدين؛ لأن إقرار العبد، وقد استفاد الإذن من جهة المولى بمنزلة إقرار المولى.

ولو أقر المولى بالدين، وعليه دين المرض، يصحّ إقراره، فكذا إذا أقرّ العبد، وعلى المولى دين المرض، وإذا صحّ الإقراران جميعًا، تعلقًا برقبة العبد، فيقسم الثمن بين المقرّ لهما على قدر دينهما.

ولو كان العبد أقرّ أولا في مرض المولى بدين ألف درهم، ثم أقر المولى على نفسه بدين ألف درهم، ثم مات المولى، فإن القاضي يبدأ بدين العبد، فيقضيه، فإن

فضل شيء يكون لغريم المولى؛ لأن إقرار العبد قد صح؛ لأنه مأذون، وليس على المولى دين الصحة، وتعلق حق المقرّ له برقبة المأذون، وإقرار المولى بعد ذلك لم يصحّ في حق المأذون، حتى لا يتعلق دين المولى برقبة المأذون؛ لأن جميع رقبة المأذون مشغولة بدين المأذون، ودين المأذون يمنع تعلق دين المولى برقبته؛ لأن دين المولى مؤخر عن دين المأذون، فيبدأ بدين المأذون، ولهذا فإن فضل شيء من ثمنه يصرف الفاضل إلى دين المولى؛ لأنه مال المولى[1]، وقد فرغ عن دين المأذون، فإن كان المولى أقر بألف درهم، ثم أقر بألف درهم، وكان الأقارير كلها من المولى في مرضه، ثم أقر العبد بألف درهم، فالقاضي يبيع العبد، ويقسم الثمن بين غرماء المولى، وغريم العبد على أربعة أسهم؛ لأن أقارير المولى كلها قد صحت، وإن صار رقبة العبد مشغولا بالإقرار الأول؛ لأنها إنما صارت مشغولة بدين المولى في المرض، وشغل دين المولى في مرض المولى لا يمنع جواز إقرار المولى بعد ذلك، وإقرار العبد قد صحّ أيضًا، وإن كان على المولى دين؛ لأن دين المولى دين المرض، ودين المولى إذا كان دين المرض لا يمنع إقرار العبد[2]، كما صح أقارير المولى، وتعلق حق الغرماء جملة برقبة العبد، فيقسم ثمن العبد بينهم بالحصص.

١٨٩٠١ - ولو كان المولى أقر بألف درهم في مرضه، ثم أقر العبد على نفسه بألف درهم، ثم أقر المولى بألف درهم، ثم مات المولى، فإن القاضي يقسم ثمن العبد بين غريمي المولى وبين غريم العبد بالحصص أثلاثًا.

قالوا: وكان ينبغي أن يقسم أرباعًا نصفه لغريمي المولى لكل واحد الربع، ونصفه لغريم العبد؛ لأن الإقرار الأول من المولى قد صح، وتعلق حق المقرّ له برقبة العبد، والإقرار من العبد أيضًا صح، وإن كان العبد مشغولا؛ لأنه مشغول بدين المولى، فصار نصف العبد مشغولا بدين المولى، ونصفه مشغولا بدين العبد، فإذا أقر المولى بعد ذلك ثانيًا، صح إقراره في النصف الذي كان مشغولا بدينه؛ لأن هذا شغل المرض، وشغل المولى إذا كان شغل المرض لا يمنع إقرار المولى، ولا يصح إقراره في النصف الذي كان مشغولا بدين العبد؛ لأن شغل العبد يمنع إقرار المولى، فقد اجتمع في أحد نصفي العبد

(١) وفي الأصل: دين المولى.

(٢) وكان في الأصل: لا يمنع جواز إقرار العبد.

ألفان لغريمي المولى، وفي النصف الآخر ألف واحد لغريم العبد، فتكون القسمة من أربعة.

والجواب أنا لو قسمنا ثمن العبد أرباعًا على الوجه الذي قلتم يصير في الآخرة أثلاثًا، بيانه أنا لو قسمناه أرباعًا يصيب كل واحد من غريمي المولى مائتان وخمسون، ويصيب غريم العبد خمسمائة، فيقول: الغريم الأول من غريمي المولى لغريم العبد حقي وحقه سواء؛ لأن حقي ثبت في جميع العبد بإقرار المولى، وحقك ثبت في جميع العبد أيضًا بإقرار العبد، فيجب أن يسوّى في ثمن العبد، وفي يدي من ثمن العبد مائتان وخمسون، وفي يدك خمسمائة، فأنا أرجع عليك بمائة وخمسة وعشرين، حتى يسوّى.

فإذا أخذ ذلك، والغريم الثاني من غريمي المولى يقول للغريم الأول: حقي وحقك سواء، وفي يدك زيادة مائة وخمسة وعشرين، فأنا آخذ نصف ذلك منك، وذلك اثنان وستون ونصف، فإذا أخذ ذلك يقول الغريم الأول من غريمي المولى لغريم العبد: حقي وحقك على السواء، ثم وثم إلى أن يصير في يد كل واحد منهم ثلث الألف، فعلم أنا لو قسمنا ثمن العبد أرباعًا في الابتداء، يصير أثلاثًا في الآخرة، فقسمناه أثلاثًا في الابتداء؛ قصرًا للمسافة.

١٨٩٠٢- ولو كانت قيمة العبد ألفي درهم، فأقر العبد بدين ألف في مرض المولى، ثم أقر المولى بدين ألف على نفسه، ثم مات المولى، فالقاضي يبيع العبد، ويعطي غريم العبد ألف درهم، ثم يعطي غريم المولى الألف الباقية؛ لأن إقرار كل واحد منهما بالألف قد صح.

أما إقرار العبد فظاهر، وأما إقرار المولى فلأن قدر ألف درهم من رقبة العبد فارغ عن دين العبد، فصح إقرار المولى بالألف، وتعلق برقبة العبد، فقد تعلق حق كل واحد من الغريمين برقبة العبد، فيقسم الثمن بينهما، فإن تراجع سعر العبد إلى ألف وخمسمائة، وباع القاضي العبد، يعطى غريم العبد ألف درهم، والباقي لغريم المولى، وإن تراجع سعره إلى ألف درهم، فثمن العبد كله لغريم العبد[1].

(١) هكذا في "ظ"، وفي غيرها: لغريم المولى.

وكان ينبغي أن يكون ثمن العبد في هذين الفصلين بين غريم العبد، وبين غريم المولى نصفان؛ لأن دين العبد ودين المولى تعلقا برقبة العبد، وصار رقبة العبد كالمشترى بين الغريمين، والأصل في المال المشترك أن ما هلك، يهلك على الشركة، وما بقي، يبقى على الشركة.

والجواب: هذا هكذا إذا كان الحقان على السواء، أما إذا كان أحد الحقين مقدمًا على الآخر، فالهلاك كله يصرف إلى المؤخر، هذا كما قلنا في المريض: إذا كان عليه دين الصحة ودين المرض، وما له يفي بالدينين، فإنه يقضى دين كل واحد من الغريمين بكماله، ولو هلك منه شيء، فالهلاك يصرف إلى دين المرض؛ لأنه مؤخر، وكذلك إذا اجتمع في التركة حق الغرماء وحق الورثة، وهلك منها شيء، فالهلاك يصرف إلى حق الورثة؛ لأن حقهم مؤخر، قلنا: وحق غريم المولى مؤخر عن حق غريم العبد، فصرفنا الهلاك إلى حق غريم المولى لهذا.

١٨٩٠٣- ولو كان العبد أقر بدين ألف درهم، ثم أقر المولى بدين ألف درهم على العبد، وقيمة العبد ألف درهم وقت الإقرارين، ثم يراجع سعره، ثم يبيع العبد، فيقسم الثمن بين الغريمين؛ لأن في هذه الصورة الدينان دين العبد؛ لأن إقرار المولى بالدين، ولا دين على العبد، وإقرار العبد على نفسه بالدين سواء، حتى لو أعتق المولى العبد، كان للغريم الذي أقر له المولى أن يأخذ العبد بذلك، كما لو أقر على نفسه، وإقراره على العبد على السواء، لا رجحان لأحدهما على الآخر[1]، فاستوى الحقان، فما هلك من المال، يكون هالكًا من الحقين، بخلاف المسألة الأولى.

نوع آخر:

١٨٩٠٤- العبد المأذون إذا باع شيئًا بما في يده في مرض موت المولى، ولا دين على المولى في صحته، ولا على العبد، وأقر العبد بقبض الثمن، ولا يعلم ذلك إلا بقوله: صح إقراره؛ لأنا نجعل إقرار العبد باستيفاء الثمن، وقد استفاد جوازه من جهة المولى بمنزلة إقرار المولى، والمولى لو باع شيئًا من ماله في مرض موته، ثم أقر باستيفاء

(١) وكان في الأصل: على الغرماء.

الثمن، وليس عليه دين الصحة، صح إقراره؛ لأن الإقرار باستيفاء الثمن إقرار بالدين للمشترى على نفسه، ولو أقر على نفسه بالدين لأجنبى فى مرض موته، وليس عليه دين الصحة، صح إقراره، فكذا إذا أقر باستيفاء الثمن، وإذا جاز هذا من المولى، جاز من العبد أيضًا.

وكذلك إذا كان على العبد دين مستغرق، أو غير مستغرق؛ لأنا نعتبر إقرار العبد بإقرار المولى، والمولى لو باع فى مرضه شيئًا، وليس عليه دين الصحة، وأقر باستيفاء الثمن صح، وإن كان على العبد دين، فكذلك إقرار العبد، وإن كان على المولى دين يحيط برقبة العبد، وبما فى يده، فإنه لا يصدّق العبد فى إقراره باستيفاء الثمن أصلا إلا ببينة، إذا كان دين المولى دين الصحة؛ لأن المولى لو باع نفسه فى مرضه، وأقر باستيفاء الثمن، وعليه دين الصحة لايصحّ إقراره أصلا، فكذا إقرار العبد، وإن كان دين المولى دين المرض، فإقرار العبد بالاستيفاء فى حق براءة المشترى عن الثمن لا يصح.

أما يصح فى حق الإقرار له، حتى يكون المشترى أسوة لغرماءه فيما عليه، كما لو أقرّ المولى بذلك إلا أن تقوم البيّنة على الاستيفاء، كما فى حق المولى، ولو كان المشترى من العبد فى هذه الصورة بعض ورثة المولى، وعلى العبد دين كثير يحيط برقبته، و بجميع ما فى يده، ولا دين على المولى، فإقرار العبد بقبض الثمن لم يجز؛ لأن المولى لو باع، وأقرّ بقبض الثمن من وارثه لم يجز، فكذا العبد، وكذا إذا كان على المولى دين أيضًا مع دين العبد، لا يصحّ إقرار العبد باستيفاء الثمن من طريق الأولى -والله أعلم-.

نوع آخر:

١٨٩٠٥- الأصل فى هذا النوع إن ما يعتبر من تصرّفات الحرّ بمرضه مرض الموت، يتغير من تصرّفات المأذون بمرضه مرض الموت؛ لأن العبد المأذون لا تزيد مرتبته على مرتبة الحر، ومتى يتغير تصرّفات الحرّ بمرض موته، ولم يتغير شىء من تصرّفات المأذون بمرض موته يزداد مرتبة المأذون على مرتبة الحرّ، وإنه لا يجوز.

فإن قيل: إنما يتغيّر تصرّف الحرّ بمرض موته؛ لأن فى مرض موته يتعلق حق الغير بماله، إما حق الغرماء وإما حق الورثة، وقبل المرض لم يكن حق الغرماء متعلّقًا بماله،

وإنما يثبت التعلق بسبب المرض، فأوجب المرض حجراً عن بعض التصرّفات حجراً لم يكن ثابتًا قبل المرض، وفى المأذون حق الغرماء كان متعلّقًا بكسبه فى حال صحته، ولهذا لا يملك إيثار البعض على المأذون[1]، ويباع كسبه فى دينه، ولم يوجب ذلك تغييرًا فى تصرّفاته، فكذا المرض.

والجواب: أن بمرض موت العبد يثبت زيادة تعلق لم يكن قبل المرض، ألا ترى أن قبل المرض لا يصير محجورًا عن الإقرار لغيره، وإن كان عليه دين، وبعد المرض يصير محجورًا عن الإقرار للغير، إذا كان عليه دين، فإذا ثبت بمرض موته زيادة تعلق لم يكن تلك الزيادة قبل المرض، يجب أن يعتبر بالحرّ، إذا مرض مرض الموت، وهذا لأن حق الورثة والغرماء إنما يتعلق بمال المرض؛ لأن بالمرض تضعف ذمته؛ لأنه بالمرض يشرف على الموت، والموت سبب لخراب الذمة وهلاكها، فبالمرض الذى هو سبب خراب الذمة تضعف الذمة، وذمة العبد قد ضعف بسبب الرق حالة الصحة، حتى تعلق حق الغرماء بكسبه، وقد ازداد الضعف بسبب مرض الموت؛ لأنه أشرف على الهلاك، فيثبت بسبب زيادة الضعف زيادة تعلق، فصار كالحرّ بهذا الاعتبار، فقد اعتبر محمد رحمه الله فى هذا النوع مرض العبد وصحته، ولم يعتبر صحة المولى، وفيما تقدم اعتبر مرض ا لمولى، ولم يعتبر صحة العبد.

و كان ينبغى أن يعتبر صحة المولى، ولا يعتبر مرض العبد، أو يعتبر صحة العبد، ولايعتبر مرض المولى؛ لأن المأذون فيما يتصرّف، إما أن يجعل متصرّفًا لنفسه بحكم انفكاك الحجر، كما بعد العتق، أو يجعل متصرّفًا لمولاه بحكم النيابة عنه بالإذن كالوكيل، فإن جعل متصرّفًا لنفسه بحكم انفكاك الحجر يجب أن لا يعتبر مرض المولى مغيرًا تصرفه كما بعد العتق، وإن جعل متصرّفًا للمولى بحكم النيابة عن المولى كالوكيل، يجب أن يعتبر مرض المولى مغيرًا تصرّفه، ولا يعتبر مرضه.

والجواب أن العبد متصرّف بحكم فكّ الحجر من وجه، ولهذا لا يرجع بالعهدة على المولى، ومتصرّف للمولى بحكم النيابة عنه من وجه بمنزلة الوكيل، ألا ترى أن موجب تصرّفه، وهو الملك يقع للمولى، بخلاف ما بعد العتق، فإنه ثمة متصرّف لنفسه

---

(١) هكذا فى "ف" و "م"، وكان فى "ظ": إيثار البعض، ويباع كسبه.

بحكم فكّ الحجر من كل وجه.

وإذا كان المأذون متصرّفًا لنفسه بحكم فكّ الحجر من وجه، ومتصرّفًا للمولى بحكم النيابة عنه من وجه وفّر محمد رحمه الله على الأمرين حظهما، فاعتبر مرض المولى مغيّرًا لبعض تصرّفات المأذون، وإذا كان المأذون صحيحًا؛ اعتبارًا لشبه النيابة، واعتبر مرض العبد أيضًا مغيّرًا بعض تصرفآت العبد، وإن كان المولى صحيحًا؛ اعتبارًا لشبه فكّ الحجر عملا بالشبهين بقدر الممكن.

جئنا إلى بيان المسائل:

١٨٩٠٦- إذا أقرّ المأذون في مرض موته بدين، أو وديعة بعينها، أو عارية، أو مضاربة، أو إجارة بعينها، أو غصب بعينه، أو غير ذلك من التجارات، ثم مات من مرضه ذلك، فإن إقراره بجميع ذلك صحيح جائز، إذا لم يكن عليه دين الصحة، وإن كان عليه دين الصحة لم يصحّ إقراره إلا فيما فصل عن دين الصحة، فيباع فيما في يده، ويبدأ بدين الصحة، وإنما كان كذلك؛ لما ذكرنا أنه إنما يتغيّر بمرض المأذون من التصرّفات ما يتغير بمرض الحرّ؛ لأن التغير بمرضه من حيث إنه بمنزلة الحرّ فيما يتصرّف من وجه، والحرّ إذا أقر على الوجه الذي أقر به المأذون، وليس عليه دين الصحة، يصحّ إقراره، وإن كان عليه دين الصحة، لا يصحّ إقراره، إلا فيما فضل عن دين الصحة، فكذا المأذون.

١٨٩٠٧- ولو كان الغصب الذي أقر به في المرض، قد عاينه الشهود، وكذلك العارية والوديعة وأشباههما، فإن عرف الشهود عين الغصب، وعين الوديعة والعارية كان المقرّ له أحق بالعين، وإن كانوا لا يعرفون عين المغصوب وعين الوديعة، وإنما عاينوا الغصب والإعارة والإيداع، كان المقرّ له أسوة لغرماء الصحة.

ألا ترى أن الحرّ لو أقرّ في مرضه بغصب، أو عارية، أو وديعة، وقد عاين الشهود الغصب والإعارة إن عرف الشهود المغصوب[1] والإعارة بعينها، كان المقرّ له أحق بذلك العين، وإن لم يعرفوا ذلك بعينها، وإنما عرفوا الغصب والإعارة، كان المقر له أسوة

---

(١) هكذا في "ظ" و"ف"، وكان في الأصل و"م": الغصب.

لغرماء الصحة، كذا فى حق العبد.

وكذلك كل دين لزمه فى حالة المرض بشهادة[1] الشهود، كان صاحب دين المرض أسوة لغرماء الصحة، كما فى الحر.

١٨٩٠٨- وإذا أقر المأذون فى مرضه بدين ألف درهم، ثم بوديعة ألف درهم لرجل آخر، ثم مات، وليس فى يده إلا الألف التى أقر بعينها وديعة، فإن الألف الوديعة تقسم بين صاحب الوديعة، وبين الغريم نصفان، كما فى الحر، وهذا لأنه أقرّ بوديعة مستهلكة لا يقدر على رد عينها لتعلق حق الغريم بهما، فيكون إقراراً بالدين، فيستويان.

١٨٩٠٩- وإذا مرض العبد المأذون، وعليه دين الصحة، وله دين على رجل آخر وجب فى حالة الصحة، فأقرّ باستيفاء ذلك الدين، صح إقراره حتى برئ من عليه الدين، ألا ترى أنه لو كان مكان المأذون حرّاً، صح إقراره بالاستيفاء، فكذا يصحّ إقرار المأذون، والمعنى فى ذلك أن إقرار المريض باستيفاء دين وجب له فى حالة الصحة إقرار باستيفاء دين وجب بدلا عن مال لم يتعلق به حق غريم الصحة؛ لأنه بدل عن المبيع، أو عن المقرض، وحق غرماءه لم يكن متعلقًا بالمبيع، والمقرض وقت البيع ووقت القرض؛ لأنه كان صحيحًا فى ذلك الوقت، وحق الغرماء لا يتعلق بمال الصحيح، وإذا لم يتعلق حق الغرماء بالمبيع والمقرض، لا يتعلق ببدلهما، فهو معنى قولنا: أقر باستيفاء دين لم يتعلق به حق غرماءه، فلا يكون بهذا الإقرار مبطلا حقّا على غرماءه، ولو لم يصحّ إقراره إنما لا يصحّ حتى لا يبطل حق غرماءه.

وكذلك إذا أقرّ باستيفاء دين وجب فى حالة الصحة، وعليه دين المرض، صح إقراره بالاستيفاء، والكلام فيه أظهر، هذا إذا أقرّ المأذون باستيفاء دين وجب له فى حالة الصحة، فأما إذا أقر باستيفاء دين، وجب له فى حالة المرض، إن كان عليه دين الصحة لا يصح إقراره بالاستيفاء، لا فى حق براءة غريمه عن الدين، ولا فى حق إقرار له بالدين، حتى لا يصير أسوة لغرماء الصحة، وإن كان على المأذون دين المرض، لا يصحّ إقراره بالاستيفاء فى حق براءة غريمه، حتى لا يبرأ غريمه عن الدين، ولكن يصحّ فى حق الإقرار له بالدين، حتى يصير المقرّ له بالاستيفاء أسوة لغرمائه فيما عليه، فيسقط عنه من

(١) هكذا فى "ظ" و"ف"، وكان فى الأصل و"م": بمعاينة.

الدين الذى عليه مقدار ما يخصّه، ويؤدى الباقى إلى غرماءه.

ألا ترى أنه لو كان مكان المأذون حرًا، كان الجواب فى حقه على نحو ما قلنا، فكذا فى حق المأذون، وعلى هذا القياس جنس هذه المسائل.

نوع آخر:

١٨٩١٠- وإذا أقرّ العبد المأذون بديون كثيرة، كانت عليه فى حال الحجر من قرض، أو غصب، أو وديعة استهلكها، أو عارية، أو مضاربة استهلكها، هل يؤاخذ به فى الحال؟ ففيما إذا أقرّ بالغصب يؤاخذ به فى الحال صدّقه المقرّ له فى إضافة الغصب إلى حالة الحجر، أو كذبه فى الإضافة إلى حالة الحجر، وقال: لا، بل غصبت وأنت مأذون، فإنه يؤاخذ به فى الحال، ويباع فيه إلى أن يفديه المولى؛ لأن هذا مأذون أقر بدين حال، فيؤاخذ به للحال، كما لو غصب، ولم يردّ على ذلك.

بيان هذا الكلام أن العبد إما أن يكون صادقًا فى هذه الإضافة، أو كاذبًا، فإن كان صادقًا، كان هذا غصب المحجور، وغصب المحجور يوجب الضمان فى الحال، وإن كان كاذبًا، كان غاصبًا فى حالة الإذن، وغصب المأذون يوجب الضمان فى الحال، وفيما إذا أقرّ بالقرض، أو باستهلاك الوديعة، أو العارية، أو البضاعة، فإن كان المقرّ له صدّقه فى إضافة الاستهلاك إلى حالة الحجر، وفى كونه مودعًا مستعيرًا فى تلك الحالة لا يؤاخذ به للحال، وإنما يؤاخذ به بعد العتق فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن هذا مأذون أقر بدين مؤجّل معنى؛ لأن القرض من العبد فى حالة الحجر، واستهلاكه الوديعة والعارية توجب الضمان عليه، إلا أنه يتأخر إلى ما بعد العتق، فكان هذا من المأذون إقرارًا بدين مؤجل، فإذا صدقه صاحب المال فى الأجل يثبت الأجل، وإن كذبه المقر له فى إضافة الاستهلاك إلى حالة الحجر، فإنه يؤاخذ فى الحال؛ لأنه أقر بالدين، وادّعى الأجل، فإذا كذبه صاحب المال فى الأجل لم يثبت الأجل.

وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: يؤاخذ العبد به للحال صدّقه صاحب المال فى دعوى الإضافة، أو كذبه؛ لأن على قوله: المقرض[1] فى حالة الحجر، واستهلاك

(١) هكذا فى "ظ" و"ف"، وكان فى الأصل و"م": القرض.

الوديعة والعارية توجب[1] الضمان فى الحال، فكان هذا إقراراً بدين حال، فيؤاخذ به للحال، وهذا بخلاف الصبىّ المأذون إذا أقر فى حالة الإذن، إنى أقررت لفلان بألف درهم فى حالة الحجر، فإنه لا يؤاخذ به، وكان مصدّقًا فى هذه الإضافة صدّقه المقر له فى الإضافة، أو كذبه.

وفى مسألة العبد: قال فى فصل القرض واستهلاك الوديعة: قال: إن صدّقه المقرّ له فى الإضافة لا يؤاخذ به فى الحال، وإن كذبه فى الإضافة يؤاخذ به فى الحال، وفى الحالين أضاف المقرّ به[2] إلى حالة معهودة لا يؤاخذ به للحال، وهو كونه محجوراً.

والفرق من وجهين: أحدهما: أن فى مسألة العبد حجر العبد، إن كان معهوداً، فيكون العبد مودعًا فى تلك الحالة ليس بمعهود، والضمان إنما يتأخر باستهلاك المال من العبد الكبير، إذا كان كونه مودعًا فى حالة الحجر معهودًا، حتى لو ثبت كونه معهودًا بإقامة البيّنة، فإن الضمان يتأخر وإن لم يصدّقه صاحب المال فى الإضافة.

أما الحجر من الصبى معهود، فقد أضاف الإقرار إلى حالة الحجر، وإنه معهود، فيصدّق فى الإضافة، وإذا صدق فى الإضافة لا يلزمه شىء؛ لأن إقرار الصبى المحجور باطل لفساد عبارته.

الفرق الثانى: أن الصغير إذا أضاف الإقرار إلى حالة الحجر، وإقرار الصبى المحجور باطل، لا حكم له كان هذا منه إنكاراً للوجوب من حيث المعنى، إن كان إقراراً صورة، فأما القرض من العبد الكبير واستهلاكه الوديعة والعارية له حكم، وهو وجوب الضمان إلا أنه يتأخر إلى ما بعد العتق، فلا تكون الإضافة إلى حالة الحجر إنكاراً للوجوب، بل يكون دعوى الأجل، والأجل لا يثبت بمجرد الدعوى ما لم يصدّقه صاحبه فيه، فهذا هو الفرق بينهما.

(١) هكذا فى الأصل وفى "ظ": يوجب.

(٢) هكذا فى "ظ" و"ف"، وكان فى الأصل و"م": المقرّ له.

نوع آخر:

١٨٩١١- إذا أذن لعبده فى التجارة، ثم حجر عليه، ثم أذن له، فأقر بعد ذلك، أنه كان استقرض من هذا ألف درهم فى حال إذنه الأول، وقبضها منه، أو أقر أن هذا الرجل كان استودعه فى حال إذنه الأول وديعة واستهلكها، وصدّقه بذلك رب المال، فإنه يؤاخذ به للحال؛ لأنا نعتبر إقراره بهذا فى الإذن الثانى بإقراره بهذا فى الإذن الأول، ولو أقرّ بهذا فى الإذن الأول، أليس أنه يؤاخذ به فى الحال؛ لأنه مأذون أقرّ بدين حال؛ لأن استقراض المأذون، واستهلاكه الوديعة يوجب الضمان عليه، فإذا ثبت هذا الحكم فى الإذن الأول، فكذا فى الإذن الثانى.

وهذا بخلاف ما لو أقر فى حالة الإذن بالقرض، أو باستهلاك الوديعة فى حالة الحجر، وصدّقه رب المال حيث لا يؤاخذ به للحال؛ لأن هناك ادّعى دينًا مؤجّلا، وقد صدّقه صاحب المال فى دعواه، فيثبت الأجل، أما ههنا بخلافه.

١٨٩١٢- وإذا حجر على عبده المأذون، فأقر بعد الحجر أنه كان قد غصب من هذا فى حال إذنه كذا، فاستهلكه، أو أقرّ أنه استقرض منه كذا، فاستهلكه، أو أقر أنه كان لهذا عنده وديعة كذا، واستهلكها، وكذبه المولى فى ذلك، وليس فى يد العبد مال، فإنه لا يؤاخذ بما أقرّ به فى الحال، قد ذكرنا قبل هذا أن إقرار العبد بعد الحجر، إذا لم يكن فى يده شىء من كسب الإذن، لا يصح فى حق المولى بلا خلاف، حتى لا يؤاخذ به العبد فى الحال، وقد بيّنا وجه ذلك.

وإنما أوردنا المسألة ههنا لتفريع يليق بهذا النوع، أن المولى لو أذن له مرة أخرى فى التجارة، فالقاضى يسأله عمّا أقر به، فإن قال: كنت محقًّا فيما أقررت، فالقاضى يجعل ذلك منه بمنزلة إقرار مبتدأ، فيكون الجواب فيه كالجواب فيما إذا أنشأ الإقرار بعد الإذن، وهى المسألة الأولى، وإن قال: كنت مبطلا فى ذلك لا يلزمه شىء مما أقر به حتى يعتق؛ لأنه متى قال: كنت مبطلا فيما أقررت لم يوجد منه إقرار فى حالة الإذن، إنما وجد الإقرار فى حالة الحجر، وإقرار المحجور بالدين لا يصح فى حق المولى إذا كذبه فيه.

قالوا: ما ذكر محمد فى الكتاب أن القاضى يسأل العبد محمول على ما إذا طلب

المقر له من القاضى أن يسأله، فأما إذا لم يطلب ذلك منه، فالقاضى لا يسأله؛ لأن القاضى نصب لفصل الخصومات، لا لإنشاءها، قالوا: وقد نصّ محمد رحمه الله على هذا فى موضع آخر.

١٨٩١٣- وإذا حجر على عبده المأذون، ثم أذن له مرة أخرى، فأقر فى حال إذنه الثانى أنه قد أقر بعد الحجر أنه اغتصب من هذا الرجل ألف درهم فى حال إذنه الأول، أو استقرض منه ألف درهم، فإن صدّقه المقر له فى ذلك، فإن العبد لا يؤاخذ به للحال، وإنما يؤاخذ به بعد العتق، وإن كذبه المقر له، وقال: إنما أقررت به بعد الإذن، فالقول قول المقر له، ويؤاخذ به العبد للحال؛ لأنا نعتبر إقراره بهذا فى الإذن بإقراره بهذا فى الإذن الثانى بإقراره بهذا فى الإذن الأول، ولو أقر فى الإذن الأول أنه كان أقر، وهو محجور عليه أنه اغتصب منه ألف درهم، وصدّقه المقر له فى ذلك، لا يؤاخذ به فى الحال، وإن كذبه يؤاخذ به فى الحال، إلا أن يقوم للعبد بيّنة على ذلك، فكذلك ههنا.

وهذا بخلاف ما لو أقر المأذون أنه كان غصب منه ألف درهم فى حالة الحجر، فإنه يؤاخذ به فى الحال، صدّقه المقرّ له فى ذلك، أو كذبه؛ لأن هناك المقر له الغصب فى حالة الحجر، لا الإقرار بالغصب فى حالة الحجر، وغصب المحجور يوجب الضمان للحال.

أما فى هذه المسألة المقر به الإقرار بالغصب فى حالة الحجر لا نفس الغصب، والإقرار بالغصب من العبد المحجور الكبير لا يوجب الضمان للحال، وإنما يوجب الضمان بعد العتق، وإذا كان هكذا، كان هذا المأذون أقر بالضمان، وادّعى الأجل، فإن صدّقه صاحب الضمان فى الأجل يثبت الأجل، وما لا فلا.

١٨٩١٤- قال: وإذا أذن الرجل لعبده فى التجارة، ثم حجر عليه، ثم أذن له، وفى يده ألف درهم، يعلم أنها كسب العبد فى الإذن الأول، فأقر أنها كانت وديعة لفلان، أو اغتصبها من فلان، وكذبه المولى فى ذلك، فإنه يصح إقراره عند أبى حنيفة رحمه الله، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يصحّ إقراره، وهذا لأن الإذن الثانى ليس ثابتًا فى كسب الإذن الأول؛ لأن الإذن أمر بالاكتساب فى المستقبل، لا فيما مضى بدليل أنه لو أراد العبد أن يتصرّف فى ذلك من حيث البيع والشراء، فإنه

ليس له ذلك، كما لو لم يأذن له بعد الحجر، وإذا لم يعمل الإذن الثانى فى كسب الإذن الأول، صار وجود الإذن الثانى فى حق كسب الإذن الأول وعدمه بمنزلة، ولو عدم الإذن الثانى، وأقر العبد بما فى يده من الكسب بغيره صح إقراره عند أبى حنيفة رحمه الله استحسانًا، ولم يصح عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله قياسًا، فكذلك هذا.

وجه القياس فى ذلك أن هذا إقرار محجور، فلا يصح، وإن كان فى يده كسب قياسًا على محجور لم يأذن له المولى أصلا، وفى يده كسب اكتسبه بالهبة والصدقة، فأقر بالدين، أو بما فى يده، ودليله الرقبة، فإنه لا يصح إقراره فى حق تعلق الدين بالرقبة، وإن كان فى يده كسب، حتى لو أقر بالدين، وكان الدين أكثر مما فى يده من الكسب، فإن ما فضل على الكسب من الدين لا يتعلق برقبة العبد؛ لأنه محجور أقر بالدين، وإنما لا يصح إقراره فى حق الرقبة؛ لكونه محجورًا، فكذا فى حق الكسب.

ودليله ما لو كان عليه دين من الإذن الأول معروف، وما فى يده يستغرق بدين الإذن الأول، وأقر بالدين بعد الحجر لا يصح إقراره حتى كان غريم الإذن أولى بما فى يده من كسب من المقَر له فى حالة الحجر؛ لأنه محجور، وإنما لا يصح إقراره؛ لأنه محجور ما لو باعه المولى، أو ووهبه من غيره، وفى يده كسب، فأقر بالدين، أو بما فى يده من الكسب لم يصح إقراره، وإنما لا يصح إقراره لكونه محجورًا، فكذلك هذا.

وهذا لأن إقرار العبد بالكسب، إنما يصحّ بالإذن، ويكون الكسب فى يده، حتى لو أقر المحجور الأصل بما فى يده من الكسب، لم يصح إقراره، وهنا إن بقى الكسب فى يده، فقد زال الإذن، فلا يصح إقراره بالكسب؛ لأن الكسب بعد الحجر صار فى يد المولى من حيث الحكم؛ لأن يد المحجور يد المولى، الدليل عليه ما قالوا: فى ثلاثة نفر تنازعوا فى دار، وأقاموا جميعًا البيّنة، وأحد الثلاثة عبد محجور لأحد المدّعيين، فإنه يقسم الدار بين المدّعيين المولين، وجعل ما فى يد العبد، كأنه فى يد مولاه، ولو كان الكسب فى يد المولى من حيث الحقيقة، بأن انتزعه من العبد بعد الحجر، فإنه لا يصح إقراره، فكذا إذا صار فى يده من حيث الحكم، ولأن الإذن لو بقى فى حق الإقرار ببقاء الكسب فى يده لبقى فى الأنواع كلها؛ لأن الإذن لا يتجزأ ثبوتًا، فلا يتجزأ نفيًا، فهذا وجه القياس، وإنه ظاهر.

وأما وجه الاستحسان لأبى حنيفة رحمه الله أنه قد كان تعلق بالإذن أحكام جواز التصرّف، وجواز الإقرار فى حق الرقبة والكسب جميعًا، وبالحجر إن زال الأصل والإذن بقى أثره، وهو الكسب، وإنما فى يده من الكسب من أثر الإذن؛ لأنه استفاده بسبب الإذن فى حالة الإذن، والأصل أن السبب متى تعلق به أحكام، ثم زال الأصل السبب، وبقى أثره يبقى بعض الأحكام ببقاء الأثر إن كان يزول البعض بزوال أصل السبب.

ألا ترى أنه لما تعلق بالنكاح أحكام من إباحة الوطء، وصحة الظهار والإيلاء واللعان، وحرمة النكاح على آخر، وحرمة قبول الشهادة، وحرمة أختها، وأربع سواها على الزوج، إذا زال النكاح بالطلاق البائن، وبقى أثره وهى العدة، بأن كان بعد الدخول يبقى بعض هذه الأحكام ببقاء العدة، فكذلك ههنا إن زال الإذن بالحجر، بقى أثره، فوجب أن يزول بعض الأحكام المتعلق بالإذن، وبقى البعض ليكون عملا بما زال من أصل الإذن، وبما بقى من أثره، فأزلنا بزوال أصل الإذن جواز التجارة فى الكسب من حيث البيع والشراء، وبقينا جواز الإقرار، ولم نعتبر الأثر فى حق جواز التجارة فى الكسب؛ لأنا متى لم نعتبر الأثر فى حق جواز التجارة لم يتضرّر به أحد من الناس، ومتى لم نعتبر الأثر فى حق جواز الإقرار يتضرر به العبد والغرماء؛ لأن العبد لا يشهد على كل عقد يعقده حالة الإذن، فربما يجد المولى فى يده مالا عظيمًا بالمبايعات، فيحجر عليه حتى لا يجوز إقراره، فيستخلص الأموال لنفسه، فيؤدى إلى إلحاق الضرر بالغرماء، فإنه يتأخر حقوقهم إلى أن يعتق، ويتضرّر به العبد، فإنه يلزمه القضاء بعد العتاق من خالص ملكه، وكان سبيل ديونه أن يقضى من كسب الرق، فكان القول ببقاء جواز الإقرار ببقاء أثر الإذن، حتى ينتفى الضرر عن العبد وعن الناس أولى من القول ببقاء جواز التجارة ببقاء الأثر، وليس فى القول ببطلان التجارة ضرر يتّصل بالعبد والناس، وهذا كما جوّزنا إقراره باستيفاء الديون التى وجب له بالمبايعة فى حالة الإذن، وبقبض الودائع التى كانت له عند الناس بعد الحجر نفيًا للضرر عن الناس، فكذا جوّزنا الإقرار بالدين، و بما فى يده من الكسب نفيًا للضرر عن الناس.

وأما إذا أقر بالدين بعد الحجر، وعليه دين معروف وجب عليه فى حالة الإذن، فتخريجه من وجهين: أحدهما: أن ذلك الإقرار صحيح، حتى لو فضل من دين الغريم

شيء يصرف إلى الدين الذى أقر به فى حالة الحجر إلا إذا أقر به فى حالة الحجر، يتأخر عن الدين الذى كان عليه فى حالة الإذن، بخلاف ما لو وجب عليه الديون فى حالة الإذن بالإقرار، فإنه لا يترتب؛ لأنه متى اجتمع الديون فى حالة الإذن، والحالة واحدة، وهى حالة الإذن، والحالة متى اتحدت تجعل الديون المتفرقة كالمجتمعة فى وقت واحد، فكذلك هذا، وبعد ما حجر عليه إذا أقر فهذا الإقرار إنما وجد فى حال ما لحقه الحجر من وجه، وبقى الإطلاق من وجه، ودين الإذن وجد فى حال الإطلاق من كل وجه، فإنه فى حالة الإذن كان مطلقًا فى حق الإقرار والتصرّف جميعًا، وبعد الحجر إن بقى الإطلاق فى حق جواز الإقرار، فهو محجور عن التجارة، فاختلفت الحالة، والحال متى اختلفت يجب ترتيب الديون بعضها على البعض، كما لو اجتمع دين الصحة، ودين المرض الثابت بالإقرار.

الثانى: أن صحة إقراره بعد الحجر باعتبار ما فى يده من الكسب، حتى لو لم يكن فى يده كسب، لا يصح إقراره، وإذا كان الكسب مستحقًا بدين الإذن، والمستحق كالهالك، فكأنه ليس فى يده كسب وقت الإقرار من حيث المعنى، ولو لم يكن فى يده كسب من حيث الحقيقة، لا يصح إقراره على وجه يؤاخذ به للحال، كذا هنا.

وأما إذا انتزع الكسب من يده؛ لأنه زال الإذن والأثر جميعًا، وجواز الإقرار كان بالإذن، فإذا زال الإذن والأثر جميعًا، ارتفع جواز الإقرار بخلاف ما لو كان الكسب فى يده؛ لأنه إن زال الإذن، بقى أثره.

وأما إذا بيع، وفى يده كسب فأقر، قلنا: قضية القياس أن يجوز إقراره أيضًا ثمة، إلا أنا تركنا القياس لنوع ضرورة، فإن العبد قد تبدل من حيث الحكم؛ لأن تجدّد سبب الملك فى العين ينزل منزلة تبدّل العين من حيث الحكم، ولهذا قالوا: بأن إقراره بعد البيع باستيفاء الديون التى وجبت له بالمبايعات، و بقبض الودائع لا يصح؛ لتبدّل العين من حيث الحكم، فكذلك لا يصحّ إقراره بالكسب، وإن كان الكسب من أثر الإذن؛ لتبدّل العين من حيث الحكم، وإذا تبدّل العين، صار كعبد آخر.

فأما قبل البيع، فالعبد على حاله لم يتبّدل من حيث الحقيقة والحكم، فيجوز إقراره بما بقى من الكسب فى يده؛ لأنه أثر الإذن، فكل عذر يعتذر بين الحالتين فى حق

جواز الإقرار باستيفاء الثمن، فهو الفرق لأبي حنيفة بين الحالتين في حق الإقرار بالكسب، و لأنا إنما بقينا[1] الإذن في حق جواز الإقرار ببقاء أثر الإذن، حتى لا يلحق العبد والغرماء ضرر بقصد المولى، وهو الحجر، وهنا بعد بيع العبد إن لحقهم ضرر، فإنما يلحقهم حكمًا، لا من حيث القصد؛ لأن الحجر بالبيع حكمي، لا قصدي، ولهذا لم يصحّ الإقرار بالاستيفاء بالديون التي وجبت له بسبب المبايعات، وإن كان في ذلك ضرر على أربابها؛ لأنه يلحقهم الضرر من حيث الحكم، لا من حيث القصد، وبعد الحجر إذا أقر باستيفاء الديون التي وجبت له بالمبايعات، وبقبض الودائع، جاز؛ لأنه لو لم يجز، للحقهم هذا الضرر بقصد المولى لا حكمًا، وهذا لا يجوز.

فأما إقراره في حق الرقبة قلنا: عدم جوازه في حق الرقبة لم يدل على أنه لا يجوز إقراره بالكسب الحاصل بالإذن.

ألا ترى أن إقراره باستيفاء ديون، وودائع كانت له في حالة الإذن جائز بعد الحجر، وإقراره باستيفاء بعض بدل الرقبة، وهو أرش الجراحة وأرش طرف من أطرافه لا يصح.

١٨٩١٥- وكذلك العبد إذا كان بين الشريكين يجوز إقرار العبد في حق الكسب في النصيبين جميعًا، وفي حق الرقبة لا يجوز إلا في نصيب الآذن، فكذا ببقاء أثر الإذن، جاز أن يبقى جائزًا؛ لإقرار في حق الكسب، ولا يبقى جائزًا؛ لإقرار في حق الرقبة، وهذا لأن الأثر دون الأصل لو بقينا جواز الإقرار في حق الرقبة والكسب جميعًا لسوّينا بين الأثر والأصل، وهذا مما لا وجه له، فجوزنا إقراره ببقاء الأثر في حق أحدهما دون الآخر، حتى تنحطّ رتبة الأثر عن مرتبة الأصل؛ لأنا لو بقينا جواز الإقرار في حق الرقبة يلزمنا القول بجواز الإقرار في حق الكسب؛ لأن تأثير الإذن في الكسب أكثر من تأثيره في حق الرقبة.

ألا ترى أن في حال قيام الإذن جاز إقراره، وتجارته في حق الكسب، وفي حق الرقبة جاز إقراره، ولم تجز تجارته.

وكذلك القاضي يبيع كسب عبد المديون حال غيبة المولى، ولا يبيع الرقبة،

---

(١) هكذا في "ظ" و"ف" و"م"، وكان في الأصل: إنما تعينا.

وكذلك إقرار العبد المشترك إذا كان مأذونًا من جهة أحدهما يصح فى جميع كسب العبد المديون، ولايصح فى حق الرقبة فى النصيبين جميعًا، فمتى قلنا: ببقاء جواز الإقرار فى حق الرقبة بما بقى من الأثر يلزمنا القول بجواز الإقرار فى حق الكسب، فحينئذٍ يكون تسوية منا بين الأصل والأثر، وهذا مما لا وجه له، ولأن صحة إقراره بعد الحجر لقيام الكسب فى يده، حتى لو لم يكن فى يده كسب لم يصحّ، ومتى كان الكسب مستحقًا بدين الإذن، كان الكسب كالهالك من حيث المعنى؛ لأن الاستحقاق هلاك[1] من حيث المعنى، ولو كان هالكًا حقيقة، ثم أقر فإنه لا يتعلق الدين برقبته، فكذا إذا كان هالكًا معنى لكونه مشغولا بدين الإذن، وليس كالمحجور الأصلى؛ لأنه لم يوجد فى حقه، لا أصل الإذن، ولا أثره.

نوع آخر
فى إقرار المولى على عبده المأذون له بالدين:

١٨٩١٦- قال محمد رحمه الله: وإذا أذن الرجل لعبده فى التجارة، ثم أقرّ عليه بدين أكثر من قيمته، ولم يكن على العبد دين، وكذبه العبد فى ذلك، لزمه ذلك كله؛ لأنه حرّ مكلف أقر بما يملكه، ولم يلحق بغيره[2] ضررًا، فيصح إقراره قياسًا على ما لو أقر برقبة العبد، أو بكسبه، ولا دين على العبيد، وإنما قلنا: أقرّ بما يملكه لأنه أقر بشغل رقبته وكسبه بحق المقرّ له، والمولى يملك شغل رقبته وكسبه بدين نفسه، بأن يرهن رقبته، أو شيئًا من كسبه، فيملك الشغل بدين يقرّ عليه.

وأما لم يضر بغيره[3]، أمّا بالعبد فلأنه لا يلزم العبد بهذا الإقرار إلا ما كان يلزمه قبل الإقرار، فإن بعد الإقرار عليه بالدين عليه أن يسعى فى ذلك الدين الذى أقر المولى عليه، وقبل الإقرار عليه بالدين كان للمولى أن يستسعيه.

وأما بغرماء العبد فلأنه لا غريم له، وخرج على هذا ما لو أقر على عبده

(١) وفى الأصل: هالك.

(٢) وكان فى الأصل: لغيره.

(٣) هكذا فى "ظ" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل: وأما إذا لم يقر بغيره.

بالقصاص، وكذبه العبد، فإنه لا يصح إقراره؛ لأنه أقر بما لا يملكه؛ لأنه أقر بالقتل، وهو لا يملك قتل العبد، وألحق بالعبد ضرراً أيضاً، فلم يصحّ إقراره، أما الإقرار بالدين فبخلافه.

١٨٩١٧- وإذا صحّ إقرار المولى عليه بالدين كان للغرماء الخيار، إن شاؤوا باعوا العبد بدينهم، وإن شاؤوا استسعوه؛ لأن إقرار المولى عليه بالدين لما صح، صار الدين الثابت عليه بإقرار المولى كالدين الثابت عليه بإقراره بنفسه، أو بالبيّنة، وهناك للغرماء الخيار إن شاؤوا باعوا العبد، وإن شاؤوا استسعوا، كذا ههنا.

وكذلك لو أقر عليه بكفالة بمال، فقال: كفل لفلان عني بكذا، وأنكر العبد ذلك يلزمه كله؛ لأنه أقر عليه أي على العبد بدين، ولا دين على العبد، وإن أقر عليه بعشرة آلاف درهم، وقيمة العبد ألف درهم، وكذبه العبد، ثم إن مولاه أعتقه، فالمولى ضامن للغرماء؛ لأنه بالإعتاق أتلف عليهم حق البيع، ومنعهم من ثمنه، فيضمن قيمته للغرماء، كما لو قتله أجنبيّ، وكما لو كان الدين وجب على العبد بإقراره.

ثم يضمن المولى بالإعتاق قدر قيمة العبد ألف درهم، ولا يضمن أكثر من ألف درهم، وإن كان ما أقر به على العبد من الدين أكثر من قيمته، وذلك لأن الدين الثابت على العبد بإقرار المولى، لا يكون أكثر حالا من الدين الثابت بإقرار العبد، ولو ثبت دين عشرة آلاف درهم على العبد بإقراره، وأعتقه المولى يضمن قدر قيمته ألف درهم، ولا يضمن الزيادة، فكذلك هذا.

فإن قيل: إذا وجب الدين بإقرار العبد، إنما ضمن قدر قيمته لا غير؛ لأنه أتلف على الغرماء ثمن هذا العبد لا غير، فأما إذا لم يتلف عليهم حق السعاية بدينهم؛ لأن لهم[1] أن يستسعوا العبد بعد العتق بدينهم، متى وجب الدين بإقرار العبد، فأما في مسألتنا هذه أتلف عليهم حق السعاية بالعتق، كما أتلف عليهم بالبيع؛ لأن قبل العتق كان للغرماء كلا الأمرين، وبعد العتق لا يكون لهم استسعاء المعتق، متى وجب الدين بإقرار المولى.

والجواب عنه أن المولى أتلف حق السعاية على الغرماء في المستقبل إلا أن حق

(١) وكان في الأصل: كان لهم.

السعاية فى المستقبل لا يضمن الإتلاف، وإنما يضمن قدر القيمة وقت الإتلاف، واعتبر هذا بما لو قتله أجنبيّ، فإنه يضمن قدر قيمته، ولا يضمن أكثر من ذلك، وإن أتلف عليهم حق السعاية، وإذا ضمن للغرماء ألف درهم، ذكر أن الغرماء يرجعون على العبد بألف أخرى، وكان يجب أن لا يرجعوا على العبد بألف أخرى؛ لأن إقرار المولى بعد العتق إنما يصح على العبد بقدر قيمة العبد، وذلك ألف، وقد وصل إليهم قيمته من جهة المولى، فلا يكون لهم أن يضمنوا العبد قيمته مرة أخرى.

هذا كما قالوا: فيمن رهن عبداً من آخر، قيمته ألف درهم بألفى درهم مؤجل، ثم إن الراهن أعتقه وهو موسر، فإنه يضمن ألف درهم للحال، فيكون رهنًا مكانه، فإن أراد المرتهن أن يضمن العبد ألفًا أخرى لم يكن له ذلك؛ لأنه وصل إلى المرتهن بدل رقبة العبد مرة من جهة الراهن، فلم يكن للمرتهن أن يضمن العبد قيمة رقبته مرة أخرى، فكذلك هذا إلا أن الجواب عنه أنه فى الرهن إنما لم يكن لهم أن يضمنوا العبد قيمته مرة أخرى؛ لأنه وصل إلى العبد بالعتق رقبة فارغة؛ لأن العبد كان مضمونًا بألف درهم؛ لأن الدين كان فى ذمة الراهن، وإنما صار العبد مضمونًا بسبب الرهن، والرهن مضمون بأقل من قيمته ومن الدين، فصار مضمونًا بقدر القيمة، وقد وصل إلى المرتهن قدر ما كان العبد مضمونًا به من جهة الراهن، وفرغ العبد من الشغل، فإذا أعتق، فإنما وصل إلى العبد رقبة فارغة من ضمان الرهن، فلايغرم العبد قيمة نفسه للمرتهن.

فأما ههنا فى زعم المولى أنه وجب فى ذمة العبد دين عشرة آلاف درهم، وبوصول ألف درهم إليهم من جهة المولى لا يفرغ ذمة العبد عن الباقى، فقد سلم للعبد بالعتق رقبته، وقد تعلق به دين الغير، وكان عليه ردّ رقبته، وقد عجز عن ذلك، فكان عليه ردّ قيمته.

قياس مسألة الرهن من مسألتنا أن لو كان أقر المولى على العبد بدين ألف درهم، وقيمته ألف درهم، ثم أعتقه المولى، وضمن ألف درهم، فإنه لا يضمن العبد شيئًا آخر؛ لأنه فرغ رقبته عن شغل الدين لما أدّى المولى قيمة ألف درهم، فإنما وصل إلى العبد رقبة فارغة، فلم يلزمه ردّ قيمته قائمًا مقام ردّ الرقبة -والله أعلم-.

الفصل التاسع
فى بيع العبد المأذون شيئًا من أكسابه من المولى أو من الأجنبىّ بمثل القيمة، أو بالمحاباة

١٨٩١٨- وإذا باع العبد المأذون شيئًا من إكسابه من المولى بمثل قيمته جاز، وإن لم يكن مديونًا لا يجوز.

والفرق أنه إذا لم يكن العبد مديونًا، فهذا البيع لا يفيد المولى شيئًا لم يكن له قبل ذلك، لا ملك الرقبة، ولا ملك التصرّف، والشرع لا يردّ بما لا يفيد، وإذا كان مديونًا، فهذا البيع يفيد للمولى ملك الرقبة وملك التصرّف عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن المولى لا يملك كسب عبده المديون عنده، لا رقبة ولا تصرفًا.

وعندهما إن كان لا يفيد ملك الرقبة؛ لأن كسب العبد المديون[1] ملك المولى يفيد ملك التصرّف فى كسب عبده المديون، فكان هذا البيع مفيدًا فيعتبر، فإن سلم العبد المبيع إلى المولى قبل أن يأخذ الثمن من المولى لا يسقط الثمن عن المولى؛ لأنه يجوز أن يثبت للعبد المأذون على مولاه دين.

ألا ترى أنه لو استهلك المولى شيئًا من إكساب عبده فى هذه الحالة، ضمن مثله للعبد، وإذا جاز أن يكون للعبد المديون على مولاه دين، كان مولاه والأجنبىّ سواء.

١٨٩١٩- ولو باع العبد عينًا من أعيان كسبه من أجنبىّ، وسلّم المبيع إلى الأجنبىّ قبل أن ينقد الثمن، فإن الثمن لا يسقط عن المشترى، كذا ههنا.

وهذا بخلاف ما لو باع المولى من عبده شيئًا، وعليه دين بمثل قيمته، ثم إن المولى سلّم المبيع إلى العبد، سقط الثمن عن العبد؛ لأن للمولى لا يجوز أن يستوجب على عبده دينًا، ألا ترى أن العبد المديون لو استهلك شيئًا من مال المولى لا يضمن، هذا إذا باع العبد شيئًا من أعيان كسبه من المولى بمثل قيمته، فأما إذا باع شيئًا من أعيان كسبه من

---

(١) هكذا فى جميع النسخ، لعله: المأذون.

المولى بأقل من قيمته، بحيث يتغابن الناس فى مثله، أو لا يتغابن الناس فى مثله، فالبيع جائز، ويقال للمولى: إن شئت بلغ الثمن إلى تمام قيمة العبد[1]، وإن شئت فانقض البيع، هكذا ذكر محمد المسألة فى "الأصل"، ولم يحك فيه خلافًا.

قالوا: ما ذكر فى "الأصل" قولهما، أما على قول أبى حنيفة رحمه الله: لا يجوز البيع، وإن بلغ المولى الثمن إلى تمام القيمة، وعلى هذا الخلاف إذا اشترى العبد المديون من مولاه شيئًا بأكثر من قيمته، بحيث يتغابن الناس فى مثله أو لا يتغابن، والوجه فى ذلك أن المولى من عبده ينزل منزلة المورث من الوارث، فإن المولى يملك كسب العبد إذا فرغ عن دين العبد من جهة العبد، كما أن الوارث يملكه من جهة المورث، ثم المورث فى مرض موته إذا باع عينًا من أعيان تركته من وارثه بمثل قيمته، أو بأقل من قيمته، بحيث يتغابن الناس فى مثله، أو لا يتغابن، فالبيع جائز عندهما، ويقال للوارث: بلغ الثمن إلى تمام قيمة المبيع، وإلا فانقض البيع، كذا ههنا.

وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: بيع المورث عينًا من أعيان التركة من ماله فى مرض موته من الوارث لا يجوز، وإن بلغ الوارث الثمن إلى تمام القيمة، كذا ههنا.

فإن قيل: كيف يعتبر بيع العبد من المولى ببيع المورث من الوارث عند أبى حنيفة رحمه، وإن بيع المورث من الوارث مما لا يجوز بأقل من قيمة المبيع عند أبى حنيفة رحمه الله، وبمثل القيمة أيضًا، وبيع العبد من المولى بمثل القيمة عنده جائز.

قلنا: بيع العبد من المولى بمثل القيمة لم يجز على الحقيقة؛ لأنه لا يمكن تجويزه بيعًا على الحقيقة؛ لأنه بمنزلة بيع الوارث من المورث، والبيع بينهما لا يجوز بمثل القيمة، ولكن جاز استخلاصًا لكسب العبد، فإن للمولى أن يستخلص كسب عبده بعوض يعدله وإن أبى الغرماء.

فأما بيع المورث من الوارث لا يمكن تجويزه استخلاصًا للتركة، فإنه ليس للوارث استخلاص جميع التركة لنفسه بقضاء الدين، إذا كان معه وارث آخر، حتى لو لم يكن للمريض إلا وارث واحد، فباع منه عينًا من أعيان ماله بمثل قيمته، وعليه دين، يجوز البيع، ويؤمر الوارث أن يبلغ الثمن إلى تمام القيمة.

---

(١) وفى "م": المبيع.

فأما إذا باع العبد من مولاه بأقل من القيمة، تعذر تجويزه استخلاصًا لكسب العبد؛ لأن المولى لا يملك استخلاص كسب العبد لنفسه بعوض لا يعدله، إذا كان عليه دين، وتجويزه بطريق البيع متعذر؛ لأنه بمنزلة بيع المورث من الوارث.

١٨٩٢٠- هذا إذا باع عينًا من أعيان كسبه من المولى، و إن باع من أجنبيّ، وعليه دين، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: يجوز، سواء باعه بمثل قيمته، أو بأقل بحيث يتغابن الناس فى مثله، أو لا يتغابن الناس فى مثله، ولا يؤمر الأجنبيّ أن يبلغ الثمن إلى تمام القيمة، فالأصل عند أبى حنيفة رحمه الله أن فى تصرف العبد مع الأجنبى يتحمل الغبن اليسير والفاحش.

وعلى قول أبى يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله: إن باعه من أجنبيّ بمثل القيمة، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، يجوز، فإنه يؤمر المشترى أن يبلغ الثمن إلى تمام القيمة عندهما، وإن باعه من الأجنبيّ بأقل مقدار ما لا يتغابن الناس لا يجوز البيع، وإن بلغ الأجنبى الثمن إلى تمام القيمة؛ لأن البيع من الأجنبيّ بالمحاباة الفاحشة غير داخل تحت الإذن عرفًا، فصار الحال فيه بعد الإذن كالحال قبل الإذن، بخلاف ما إذا باع من المولى بغين فاحش، حيث يجوز ويؤمر المولى أن يبلغ الثمن إلى تمام القيمة؛ لأن المولى لما أقدم على البيع مع عبده بغبن فاحش، صار آذنًا له بهذا البيع، فينفذ، لكن لم يسلم المحاباة للمولى لتعلق حق الغرماء.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٨٩٢١- وإذا باع العبد المأذون بعض ما فى يده من تجارة، أو اشترى شيئًا ببعض المال الذى من تجارته، وحابى فى ذلك، وكان ذلك فى مرض موت المولى، ثم مات المولى من مرضه ذلك، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: البيع جائز حاباه العبد بما يتغابن الناس فى مثله، أو لايتغابن الناس ما لم يجاوز المحاباة ثلث مال المولى، فإذا جاوز ثلث مال المولى، فإنه يخيّر المشترى، فإن شاء أدّى ما زاد على الثلث، وإن شاء، نقض البيع، ولم يؤدّ ما زاد على الثلث، وذلك لأن بيع العبد وشراءه فى مال تجارته، وقد

استفاد جوازه من جهة المولى كبيع المولى وشراءه، والمولى لو باع، وحابى[1] فى مرض موته محاباة يتغابن الناس فى مثله، أو لا يتغابنوا، فالبيع يجوز، ويسلم للمشترى جميع المحاباة، إذا لم تجاوز المحاباة ثلث ماله، وإن جاوز ثلث ماله يخيّر المشترى، فإن شاء، نقض البيع، وإن شاء أدّى ما زاد على الثلث، فإذا كان الجواب هكذا، لو باع المولى بنفسه، أو اشترى بنفسه فى مرض موته وحابى، فكذلك العبد بخلاف ما لو كان المولى صحيحًا، وحابى العبد بما يتغابن الناس فى مثله أو لايتغابنوا، فإنه يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله كيف ما كان، جاوزت المحاباة ثلث مال المولى أو لم تجاوز؛ لأنا نجعل بيعه وشراءه المحاباة الفاحشة واليسيرة، وقد دخلا تحت الإذن عند أبى حنيفة رحمه الله كبيع المولى وشراءه؛ لأن المولى فى حال صحته لو باع، واشترى وحابى، فإنه يجوز كيف ما كان، فكذا العبد، وفى المرض إذا باع واشترى وحابى يجوز، إذا لم يجاوز ثلث ماله، وإذا جاوز ثلث ماله يخيّر المشترى، فكذا العبد.

١٨٩٢٢ - وهذا بخلاف المكاتب إذا باع، واشترى وحابى فى مرض موت المولى، فإنه يجوز، ويسلّم المحاباة للمشترى، سواء جاوز المحاباة ثلث مال المولى أو لم تجاوز، كما لو باع واشترى فى حال صحة المولى، والمكاتب استفاد جواز التصرف من جهة المولى كالمأذون سواء، وذلك لأن المكاتب إن استفاد جواز التصرف من جهة المولى إلا أنه استفاد جوازه من جهة المولى بإزاء الكتابة، والكتابة لازمة فى جانب المولى لو أراد فسخها لم يقدر، وإذا كانت لازمة من جانبه لا يعطى لبقاءها، ودوامها حكم الابتداء، ألا ترى أن زوال ولاية المولى بالكلية بأن جن لا يوجب زوال الكتابة، فما يوجب تغيرا فى تصرفات المولى جاز أن لا يغير تصرفات المكاتب.

فأما الإذن غير لازم من المولى، فإنه بسبيل من إبطاله بالحجر على العبد فى أى وقت شاء وأراد، فيعطى لبقاءها حكم الابتداء، ألا ترى لو زال جميع ولاية المولى بالكلية بأن جن زال ولاية العبد بالكلية، فالمرض الذى أوجب زوال ولاية المولى فى بعض التصرفات، جاز أن يزيل ولاية العبد فى بعض التصرفات أيضًا، يعتبر زوال البعض فى المسألتين بزوال الكل، وهذا الذى ذكرنا كله قول أبى حنيفة رحمه الله.

---

(١) وكان فى "ظ": وحابا.

فأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: إن باع واشترى وحابى بما يتغابن الناس فى مثله، فإنه يجوز، ويسلم للمشترى إذا لم يجاوز ثلث ماله، وإن جاوز ثلث ماله يخيّر المشترى كما لو باع المولى، واشترى بنفسه، وحابى محاباة يسيره، وإن باع واشترى وحابى بما لا يتغابن الناس فيه، فإنه لا يجوز البيع عندهما حتى إذا قال المشترى: أنا أؤدى قدر المحاباة ولا أنقض البيع، لا يكون له ذلك على قولهما؛ لأن البيع والشراء بمحاباة فاحشة لا يجوز من المأذون عندهما فى حال صحة المولى، فحال مرضه أولى أن لا يجوز.

فإن قيل: أليس أن بيع المأذون وشراءه قد استفاد جوازهما من جهة المولى كتصرف المولى، والمولى لو باع واشترى، وحابى محاباة لا يتغابن الناس فى مثله، فإنه يجوز إذا كان صحيحًا جاوزت المحاباة ثلث ماله أو لم تجاوز، وإذا كان مريضًا يجوز البيع، وتسلم المحاباة للمشترى إن لم تجاوز ثلث ماله، وإن جاوزت ثلث ماله يخيّر المشترى، فيجب أن يكون الجواب كذلك فى العبد.

والجواب عن هذا أن يقال: بأن تصرف العبد إنما يجعل كتصرف المولى إذا كان تصرفًا دخل تحت الإذن؛ لأن ما دخل تحت الإذن استفاد جوازه من جهة المولى، فأما تصرف لم يدخل تحت الإذن، فإنه لا يجعل كتصرف المولى، لأنه لم يستفد جواز ذلك من جهة المولى، ألا ترى أن العبد المأذون إذا كاتب أو وهب لم يجز، ولم يجعل كأن المولى فعل ذلك؛ لأن هذا غير داخل تحت الإذن، فكذا البيع والشراء بمحاباة فاحشة غير داخل تحت الإذن عندهما، فلا يجعل فى هذا فعل العبد كفعل المولى.

وعند أبى حنيفة رحمه الله: البيع بالمحاباة الفاحشة داخل تحت الإذن كالمحاباة اليسيرة، حتى صح منه فى حال صحة المولى غير معتبر من الثلث، فيجعل فعل العبد كفعل المولى.

١٨٩٢٣- هذا الذى ذكرنا كله إذا لم يكن على العبد دين، وأما إذا كان على العبد دين محيط برقبته وبما فى يده، أو لا يحيط، فباع واشترى وحابى محاباة يسيرة أو فاحشة، فالجواب فيه عندهم جميعًا كالجواب فيما إذا لم يكن على العبد دين، وذلك

لأن دين العبد مما لا يحجر[1] المولى عن المحاباة بثلث ماله، فإنه لو باع شيئًا من ماله وحابى محاباة فاحشة فى مرض موته لم يجاوز ثلث ماله، فإنه يجوز، وإن كان على العبد دين مستغرق، وإذا كان دين العبد لايحجر المولى عن المحاباة بثلث ماله، صار وجود الدين فى المأذون وعدمه بمنزلة، وهذا لأن دين المأذون ليس بالذى يغير ولاية الإذن فى تصرفاته، وإنما المغير مرضه، وإذا لم يكن دين العبد مغيرًا لولاية الإذن، صار وجود الدين على العبد وعدمه بمنزلة، ولو لم يكن على العبد دين، فباع واشترى شيئًا من تجارته، كان الجواب على ما بيّنا على الاتفاق والخلاف، فكذلك هذا.

قال الفقيه أبو بكر البلخى: ولا يوجد عن أصحابنا رواية فى كتبهم أن المحاباة اليسيرة من المريض إذا لم يكن عليه دين يعتبر من ثلث ماله إلا فى هذا الكتاب خاصة، فهذه المسألة من خصائص هذا الكتاب.

١٨٩٢٤- ولو كان الدين على المولى ولا دين على العبد، فهذا على وجهين: إما أن يكون محيطًا بجميع مال المولى، أو لا يكون محيطًا بجميع ماله، فإن كان محيطًا بجميع مال المولى، فباع العبد واشترى وحابى، فالمحاباة لا تسلم للمشترى؛ لأن المحاباة إنما تسلم للمشترى من ثلث مال المولى؛ لأن المحاباة بمنزلة الوصية، والوصية تعتبر من ثلث مال الموصى، وليس له ثلث مال إذا كان عليه دين مستغرق، فإن جميع ماله مستحق بالدين، فلا يسلم المحاباة للمشترى، يسيرًا كان أم فاحشًا إلا أن المشترى مخير إذا كانت المحاباة يسيرة بالإجماع، فإن شاء نقض البيع، وإن شاء، أدّى قدر المحاباة كما لو باشر المولى ذلك بنفسه.

وإن كانت المحاباة فاحشة، فالمسألة على الخلاف يخيّر عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن البيع بالمحاباة الفاحشة داخل تحت الإذن عند أبى حنيفة رحمه الله، وما دخل تحت الإذن يجعل تصرف العبد فيه كتصرف المولى؛ لأنه استفاد جواز ذلك من جهة المولى، والمولى لو باشر مثل هذا وعليه دين مستغرق يجوز البيع، ويخيّر المشترى، فكذلك هذا، وعندهما لايخير المشترى؛ لأن البيع وقع فاسدًا عندهما؛ لأن البيع بالمحاباة الفاحشة غير داخل تحت الإذن عندهما، فيكون الحال بعد الإذن كالحال قبله، وقبل

(١) هكذا فى ظ وف وم، وفى الأصل: "لا يعجز".

الإذن لو قال المشترى: أنا أؤدّى قدر المحاباة ولا أنقض البيع، ليس له ذلك؛ لأن البيع حصل من المحجور، فكذا بعد الإذن.

وإن كان على المولى دين لا يحيط بجميع ماله فالبيع من المأذون جائز بالمحاباة اليسيرة والفاحشة، ويسلم ذلك للمشترى إن لم يجاوز المحاباة ثلث ماله بعد الدين، وإن جاوز ثلث ماله بعد الدين يخير المشترى، ويجعل بيع العبد كبيع المولى.

١٨٩٢٥- وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما إن كانت المحاباة يسيرة يجوز البيع والشراء، ويسلم للمشترى المحاباة إن لم يجاوز ثلث ماله بعد الدين، وإن جاوز لم يسلم له ويخير، وإن كانت المحاباة فاحشة لا يخير المشترى عندهما؛ لأن البيع وقع فاسدًا عندهما.

١٨٩٢٦- ولو كان على المولى دين محيط برقبة العبد، وبما فى يده، وعلى العبد دين كثير محيط برقبة العبد وبما فى يده، فالمحاباة لا تسلم للمشترى يسيرة كانت أو فاحشة، وذلك لأن دين المولى لو انفرد كانت المحاباة من العبد باطلة يسيرة كانت أو فاحشة، فإذا انضم إليه دين العبد أولى، وكان بطلان المحاباة لدين المولى لا لدين العبد، فإن دين العبد لا يمنع جواز المحاباة من ثلث مال المولى على ما بيّنا، ويخيّر المشترى إن كانت المحاباة يسيرة عندهم جميعًا؛ لأن البيع بالمحاباة اليسيرة داخل تحت الإذن، يجعل فعل العبد فيه كفعل المولى، ولو فعل المولى جاز وخيّر المشترى، وإن كانت المحاباة فاحشة، فكذلك الجواب عند أبى حنيفة رحمه الله يخير المشترى، وعندهما لا يخيّر؛ لأن البيع بالمحاباة الفاحشة غير داخل عندهما تحت الإذن.

١٨٩٢٧- هذا الذى ذكرنا إذا حابى المأذون الأجنبى، فأما إذا حابى بعض ورثة المولى بأن باع من بعض ورثة المولى، وحابى وقد مات المولى من مرضه ذلك، كان البيع باطلا عند أبى حنيفة رحمه الله ولا يخير الوارث، وعندهما البيع جائز ويخيّر الوارث، فيقال: إن شئت نقضت البيع، وإن شئت بلغت الثمن إلى تمام قيمته لا يسلم لك شىء من المحاباة، وإن كان يخرج من ثلث مال المولى إلا أن يجيزه بقية الورثة، وذلك لأنا نجعل بيع العبد، وقد استفاد جواز البيع من جهة المولى كبيع المولى، ولو باع المولى شيئًا من وارثه وهو مريض بقيمته أو بأضعاف قيمته، لم يجز عند أبى حنيفة رحمه الله، وكان

نفس البيع وصية عنده، وعندهما يجوز ويخير الوارث، فكذا إذا باع العبد، ويستوى بين أن يكون على العبد دين أو لا دين على العبد؛ لما بينا أنه لاعبرة لدين العبد، وكذا يستوى الجواب بين أن يكون على المولى دين أو لا دين عليه.

الفصل العاشر
في شراء العبد المحجور، وبيعه، وإجازة المولى تصرفه
وإذن المولى إياه في التجارة بعد ذلك

١٨٩٢٨- وإذا اشترى العبد المحجور عليه عبدًا بألف درهم بغير إذن المولى، ثم أذن له في التجارة بعد ذلك، فإن إذنه لا يكون إجازة لما اشتراه العبد قبل الإذن، وإن أجاز بالإذن أشريته وبياعاته، وذلك لأن الإذن إجازة لأشريته وبياعاته في المستقبل بعد الإذن لا فيما مضى؛ لأنه إذن له في التصرف بعد الإذن لا قبله، وإذا كان الإذن إجازة لأشريته وبياعاته في المستقبل لا فيما مضى يجعل هذا كالمنصوص عليه في الإذن.

ولو نص المولى على هذا، فقال له: أجزت أشريتك وبياعاتك في المستقبل لا يكون هذا إجازة من المولى لبياعاته وأشريته فيما وجد قبل الإذن، وإذا لم ينفذ ما اشتراه بهذا الإذن بقي موقوفًا على إجازة المولى؛ لأن بعد الإجازة أمكن تنفيذه على الوجه الذي انعقد، فإنه انعقد في الابتداء على أن يكون الملك في المشتري واقعًا للمولى، والثمن يستحق من مال المولى، وقد أمكن تنفيذه على الوجه الذي بعد الإذن، فبقي موقوفًا على الإجازة كما قبل الإذن، فإن أجاز المولى بعد ذلك جاز قياسًا واستحسانًا، وكانت العهدة على العبد، فأما إذا أجازه العبد بعد الإذن فالقياس أن لا يصح إجازة العبد، وفي الاستحسان يصح.

ولم يذكر محمد رحمه الله القياس والاستحسان ههنا، وإنما ذكرها في "الجامع الكبير" في نظير هذه المسألة، وصورة تلك المسألة، العبد المحجور إذا تزوج امرأة بغير إذن المولى، ثم إن المولى أذن له في النكاح، فأجاز العبد النكاح الذي كان عقده قبل الإذن، قال: القياس: أن لا يصح إجازته، وفي الاستحسان: يصح إجازته، ولا فرق بين المسألتين، فذكر القياس والاستحسان ثمة يكون ذكرًا ههنا.

وجه القياس في ذلك: أن المولى أذن له بالعقد، والإجازة ليست بعقد، وإنما هي

تنفيذ العقد، ألا ترى أن الشهادة يشترط عند العقد لا عند الإجازة، وإذا كانت الإجازة غير العقد، لم تدخل الإجازة تحت الإذن بالعقد، وإذا لم تدخل الإجازة تحت الإذن، صار الحال بعد الإذن كالحال قبله، وقبل الإذن لو أجاز العقد لا تعمل إجازته، فكذا بعد الإذن.

وجه الاستحسان: أن المولى وإن أذن له بالعقد إلا أن في العقد شيئين عقد وإجازة لذلك العقد، فيكون المأذون بالعقد مأذونًا بشيئين بمباشرة العقد وبالإجازة جميعًا، والمأذون بشيئين إذا أتى بأحدهما صح ذلك منه كالوكيل ببيع عبدين أو بشراءهما إذا أتى بأحدهما، فصارت الإجازة من هذا الوجه داخلة تحت العقد(١)، فتصح إجازته بعد الإذن استحسانًا، ولأن ما هو المقصود من العقد يحصل بالإجازة، فتكون الإجازة باعتبار المقصود والعقد سواء.

ولو اشترى بعد الإذن جاز، فكذا إذا أجاز وإن لم يأذن له المولى، ولكن أعتقه، فإنه لا ينفذ ذلك الشراء بإعتاق المولى إياه.

١٨٩٢٩- فرق بين هذا وبين النكاح فإن العبد إذا تزوج بغير إذن المولى، ثم إن المولى أعتقه فإنه ينفذ النكاح.

ووجه الفرق بينهما: وهو أن النكاح وقع للعبد لا للمولى؛ لأن ملك النكاح يقع للعبد متى أجازه المولى لا للمولى، إلا أنه لم ينفذ للحال لحق المولى كيلا تصير رقبته مشغولا بالمهر، والنفقة متى نفذ النكاح، فإذا زال حق المولى بالإعتاق نفذ، فكان بمنزلة الراهن إذا باع المرهون، ثم زال حق المرتهن إما بالقضاء أو بالإبراء، نفذ بيع الراهن؛ لأن العقد كان واقعًا للراهن إلا أنه لم ينفذ لحق المرتهن، فإذا زال حق المرتهن نفذ ذلك، فكذلك هذا، فأما الشراء وقع للمولى؛ لأن ما هو المقصود من الشراء وهو الملك يقع للمولى، وإذا كان العقد واقعًا للمولى لا للعبد لا يجوز ما لم توجد الإجازة من المولى، واعتبر بما لو باع مال المولى بغير إذنه، ثم أعتقه المولى، فإنه لا ينفذ بيعه؛ لأن البيع وقع للمولى، فكذا هذا.

فإن قيل: ما ذكرتم يشكل بالأمة إذا زوجت نفسها بغير إذن مولاها، ثم عتقت

(١) وفي م "الإذن".

جاز النكاح، والنكاح وقع للمولى اعتبر[١] جانب المهر أو جانب البضع.

فالجواب أن النكاح وقع للأمة؛ لأن ما هو المقصود من النكاح وهو الاستمتاع يحصل للأمة، فكان العقد واقعًا لها باعتبار ما هو المقصود من النكاح إلا أنه لم ينفذ لحق المولى في بعضها، فإذا زال حق المولى نفذ، فأما ههنا ما هو المقصود بالشراء يقع للمولى من كل وجه ولا يقع للعبد بوجه، فلم ينفذ بعتق العبد كالبيع، وإن أجاز العبد الشراء بعد العتق، وكذلك المولى إذا أجاز؛ لأن الإجازة من كل واحد منهما لاقت عقدًا مفسوخًا؛ لأن ذلك العقد انفسخ بعتق العبد؛ لأن بعد عتق العبد تعذر تجويزه على الوجه الذي انعقد.

والأصل أنه متى تعذر تجويز الموقوف على الوجه الذي انعقد، فإنه ينفسخ، ألا ترى أن الفضولي إذا باع مال غيره، ثم مات الفضولي، أو صاحب المال قبل الإجازة بطل البيع؛ لأنه تعذر تجويزه على الوجه الذي انعقد بعد موت أحدهما، أما بموت الفضولي؛ فلأنه انعقد على أن يكون العهدة على الفضولي متى أجاز، وبعد موته لا يمكن تنفيذه على هذا الوجه، وأما بموت صاحب المال فلأنه انعقد على أن يزول الملك للوارث، ويقع الملك في الثمن للمولى[٢]، وبعد موت المورث لا يمكن تنفيذه على هذا الوجه.

قلنا: وهذا الشراء انعقد على أن يقع الملك في المشترى للمولى، والثمن مستحق من خالص ملك المولى، فإن الثمن يتعلق برقبته، وإنه مال المولى، وبعد ما عتق العبد لم يكن تجويزه على هذا الوجه؛ لأنه متى أجاز، فإن الثمن لا يستحق من ملك المولى، وإنما يستحق من ملك العبد، فإنه يجب الثمن في ذمته، وذمته بعد العتق ملكه وحقه، فقد تعذر تجويزه على الوجه الذي انعقد، فبطل، بخلاف ما لو أجاز المولى أو العبد بعد الإذن قبل العتق؛ لأنه أمكن تجويزه على الوجه الذي انعقد، فإنه انعقد على أن يكون الملك في المشترى واقعًا للمولى، والثمن مستحق من ملك المولى، وقد أمكن تنفيذه على الوجه بعد الإذن، فبقي العقد موقوفًا على الإجازة، والإجازة لاقت عقدًا موقوفًا

(١) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: "اعتبر جائزًا لحق المولى أو جانب البضع".

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: "للمورث".

على الإجازة، فجاز بخلاف ما بعد العتق.

فإن قيل: ما ذكر يشكل بالعبد إذا تزوج بغير إذن المولى، ثم عتق العبد نفذ، ولم يكن تنفيذه على الوجه الذى انعقد، فإنه انعقد على أن يكون ملك النكاح واقعًا للعبد، والمهر مستحق من مال المولى، ومتى نفذ بهذا العتق، يستحق المهر من مال المعتق لا من مال المولى.

فالجواب عنه أن الأمر كما قلتم: إن المهر تبع فى باب النكاح، فإن الأصل فى النكاح الزوجان، والمهر يجب تبعًا، والعبرة للأصل لا للتبع، وباعتبار ما هو الأصل أمكن تنفيذه على الوجه الذى انعقد.

وكذلك إذا جمع المولى والعبد فى هذه الصورة، وأجازا ذلك العقد لا يجوز؛ لأن الإجازة منهما لاقت عقدًا مفسوخًا.

١٨٩٣٠- وإذا اشترى العبد المحجور عبدًا أو شيئًا من التجارات بغير أمر مولاه، فشراءه باطل، هكذا ذكر فى الأصل، وأراد بقوله: «باطل» أنه سيبطل لو لم يجزه المولى، ألا ترى أنه قال بعد ذلك: وإن أجازه المولى جاز، ولو وقع باطلا لما جاز بإجازة المولى، بل هو موقوف على إجازة المولى؛ لأنه حصل متصرفًا فى حق المولى بغير إذنه، فتوقف على إجازته كما لو باع شيئًا من مال المولى.

بيان أنه حصل متصرفًا فى حق المولى أن ما هو المقصود من شراء المحجور، وهو الملك يقع للمولى بعد الشراء، وإذا كان الملك بشراءه واقعًا للمولى صار العبد شارطًا الثمن على المولى؛ لأن البدل فى مطلق المعاوضات إنما يكون مشروطا على من حصل له المبدل، وإنما يصير شارطًا الثمن على المولى إذا تعلق الثمن برقبته وكسبه للحال، فأما متى جاز بثمن يجب عليه بعد العتاق لا يصير شارطًا البدل على المولى، إنما يصير شارطًا البدل على نفسه، فصح قولنا: إنه حصل متصرفًا فى حق المولى بغير إذنه، فيقف على إجازة المولى.

والدليل على أن البدل فى المعاوضات إنما يعتبر مشروطا على أن يحصل له المبدل ما قالوا: فى فضولى، قال لرجل: خالع امرأتك على ألف درهم، ولم يقل: على، ولا من مالى، كان شارطًا بدل الخلع على المرأة حتى توقف الخلع على إجازة المرأة بخلاف ما

لو قال: بألف من مالى، أو بألف على؛ لأن المبدل فى الخلع يحصل للمرأة، فأما إذا أطلق البدل، ولم يضف إلى ماله، صار شارطًا البدل عليها، فتوقف الخلع على إجازتها، فكذلك هذا.

فإن قيل: أليس أن الشراء لا يقف على الإجازة، فإن الحر إذا اشترى شيئًا بألف درهم، ونوى أن يكون لغيره، فإنه لا يقف على إجازة المشترى له، بل ينعقد على المشترى، فكيف يتوقف الشراء ههنا على إجازة المولى؟

فالجواب عنه أن الشراء إنما ينفذ، ولا يقف على إجازة المشترى له إذا أمكن تنفيذه على المشترى، والمشترى متى كان حرًا أمكن تنفيذه على المشترى، بأن يجعل الملك فى المشترى واقعًا للمشترى، والثمن واجبًا عليه؛ لأنه من أهل أن يملك المشترى، ومن أهل أن يجب عليه الثمن، فلهذا نفذ عليه، ومتى كان المشترى عبدًا محجورًا لم يمكن تنفيذ الشراء عليه؛ لأن المحجور ليس من أهل أن يملك المشترى إن كان من أهل إيجاب الدين فى ذمته، فيكون الملك واقعًا للمولى لو نفذ الشراء، وإذا وقع الملك للمولى يكون الثمن مشروطًا على المولى، فصار المحجور بالشراء متصرفًا فى حق المولى بغير أمره، فتوقف على إجازة المولى، فإن أجازه المولى، جاز، وذلك لأن إجازة المولى لاقت عقدًا موقوفًا على الإجازة، والإجازة متى لاقت عقدًا موقوفًا، نفذ.

١٨٩٣١ - وكذلك إن باع العبد المحجور مال المولى أو شيئًا من كسبه، فإنه يقف على إجازة المولى؛ لأنه باع ملك مولاه بغير إذنه، فتوقف على إجازة المولى كما لو باعه فضولى آخر سوى العبد، فإن أجازه المولى، جاز، وكانت العهدة على العبد؛ لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء، ولو أذن للعبد فى الابتداء ببيع شىء ماله أو بالشراء جاز، وكانت العهدة عليه، فكذا إذا أجاز فى الانتهاء، واعتبر هذا بفضولى آخر باع من[1] مولاه، ثم إن مولاه أجاز البيع، جاز البيع، وكانت العهدة على الفضولى كما لو باع فى الابتداء بإذنه، فكذلك هذا، وكذلك جميع ما استأجر أو آجر، أو رهن أو ارتهن، أو استقرض أو أقرض، فإنه يقف ذلك كله على إجازة المولى؛ لأنه تصرف فى حق المولى بغير إذنه، فيقف على إجازة المولى كما لو باع أو اشترى.

---

(١) وفى ظ "مال" مكان "من".

الفصل الحادى عشر
فى الاختلاف الواقع بين العبد المأذون وبين مولاه فيما فى يد العبد وغيره

١٨٩٣٢- وإذا كان فى يد العبد المأوذن له مال، فقال المولى: هو مالى، وقال العبد: هو مالى، فإن كان على العبد دين، فالقول قول العبد، وإن لم يكن على العبد دين، فالقول قول المولى؛ لأنه إذا كان على المأذون دين فيده على ما فى يده يد نفسه، وإنها يد معتبرة، ألا ترى أن المولى لا يملك انتزاعه من يده، والمولى خارج، فهذه منازعة بين الخارج وصاحب اليد، وإذا لم يكن على العبد دين فيده يد المولى حكمًا، ألا ترى أنه يملك الانتزاع من يد العبد، ولو كان فى يد المولى حقيقة كان القول قوله، كذا هنا، فإن كان هذا المال فى يد العبد وفى يد المولى إن كان على العبد دين فهو فى أيديهما، فيقضى بينهما، وإن لم يكن على العبد دين، فهو فى يد المولى فيقضى له، وإن كان هذا المال فى يد العبد وفى يد المولى وفى يد الأجنبى وكل واحد منهم يدّعيه لنفسه إن لم يكن على العبد دين، فهو بين المولى والأجنبى نصفان؛ لأن يد العبد فى هذه الصورة يد المولى حكمًا، فكأن المال فى يد المولى والأجنبى من حيث الحكم، فيكون بينهما.

وإن كان على العبد دين، فالمال بينهم أثلاثا؛ لأن يد المأذون فى هذه الصورة يد نفسه، فكأن المال فى يد ثلاثة نفر حقيقة وحكمًا.

١٨٩٣٣- ولو أن عبدًا مأذونًا، أو مكاتبًا، أو حرًا آجر نفسه من خياط ليخيط معه، أو ليبيع له ويشترى، فكان فى يد الأجير ثوب، فقال الأجير: لى، وقال المؤجر[1]: لى، إن كان الأجير فى حانوت المستأجر أو فى منزله فالقول قول المستأجر؛ لأن الأجير مادام فى بيت المستأجر أو حانوته، فيده يد المستأجر من حيث الحكم، ألا ترى أن عمله يقع مسلمًا حتى لا يكون له حق الحبس بالآخر، فكان المتاع فى يد المستأجر حكمًا، فيعتبر بما لو كان فى يده حقيقة.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "المستأجر" مكان "المؤجر".

وحكى عن الشيخ أبى بكر محمد بن الفضل: أنه كان يقول: إذا كان المتنازع فيه شيئًا هو من آلة العمل، فالقول قول الأجير؛ لأن الظاهر يشهد للأجير.

وإن كان الأجير فى السكة أو فى منزله، فالقول قول الأجير؛ لأن يد الأجير فى هذه الصورة يد نفسه حقيقة وحكمًا ولو كان الأجير لابسًا للثوب، وباقى المسألة بحالها، فالقول قوله سواء كان فى منزل المستأجر أو فى السكة؛ لأن الأجير مستعمل للثوب باللبس، وللمستأجر مجرد يد إذا كان الأجير فى منزله؛ ولأن الظاهر شاهد للأجير إذا كان لابسًا للثوب، ولو كان عبدًا محجورًا آجره مولاه لعمل من الأعمال وفى يده ثوب، فقال المستأجر: هو لى، وقال مولاه: هو لى، فالقول قول المستأجر، سواء كان الأجير فى منزل المستأجر، أو فى السكة، ومعنى المسألة إن آجره المولى لعمل من الأعمال سوى البيع والشراء حتى يبقى محجورًا، أما إذا آجره للبيع والشراء يصير مأذونًا فى التجارة، هكذا ذكره شيخ الإسلام.

وإنما كان القول قول المستأجر فى هذه المسألة، وإن كان العبد فى السكة؛ لأنه لا يد للمحجور، بل يده يد المولى، والمولى لما أجره وسلمّه، فقد نقل ماله من اليد إلى المستأجر، فصار اليد للمستأجر من كل وجه.

ولو كان المحجور لابسًا للثوب، فالقول قول المولى؛ لأن الظاهر يشهد للمولى؛ لأن العبد لا يعمل عريانًا ظاهرًا، ولا يعمل فى ثياب المستأجر ظاهرًا.

١٨٩٣٤- وهذا بخلاف ما لو كان المحجور راكبًا على الدابة، ووقع الاختلاف بين المستأجر والمولى فى الدابة، حيث كان القول قول المستأجر؛ لأن الظاهر شاهد للمستأجر فى هذه الصورة؛ لأن الظاهر أن الأجير يعمل بدابة المستأجر، ولو كان العبدمأذونًا فى التجارة، وفى يد العبد متاع وهو فى منزل مولاه، فقال المولى: هو لى، وقال العبد: هو لى، فإن كان ذلك المتاع من تجارة العبد، فهو للعبد، وإن لم يكن من تجارة العبد، فهو للمولى؛ لأنهما استويا فى اليد؛ لأن المتاع فى يد المأذون حقيقة، ويده يد معتبرة، وفى يد المولى حكمًا؛ لما أنه فى منزله، ومنزله فى يده إلا أن المتاع إذا كان من تجارة العبد، فالظاهر يشهد للعبد، وإذا لم يكن من تجارة، فالظاهر يشهد للمولى، ولم يذكر محمد رحمه الله فى "الأصل" ما إذا كان المتاع من تجارتهما.

وحكى عن الفقيه أبي بكر البلخي : أنه ينبغي أن يقضى للمولى ؛ لأن الظاهر شاهد للمولى ؛ لأن ما في منزل الإنسان ، فالظاهر أنه يكون له ، ولو كان المأذون لابسًا للثوب أو راكبًا على الدابة ، ووقع الاختلاف بين المولى والعبد في ذلك ، قضى به للعبد سواء من تجارة أو لم يكن ؛ لأنه مستعمل للثوب والدابة ، وللمولى مجرد يد -والله أعلم- .

الفصل الثانى عشر
فى الرجل يدفع إلى عبده مالا يشترى به ويبيع، ويأذن له فى التجارة

١٨٩٣٥- إذا دفع الرجل إلى عبده مالا ليعمل به وأذن له فى التجارة، فباع واشترى ولحقه دين، ثم مات العبد وفى يده مال لا يعرف أنه مال المولى بعينه، فإن جميع ما فى يده للغرماء لا شىء للمولى منه، وذلك لأن المال الذى دفعه المولى إلى عبده أمانة عند العبد؛ لأنه وديعة عند العبد أو بضاعة، فإذا مات العبد ولم يبين صار مجهلا فانقلبت الوديعة دينًا عليه كالحر إذا مات مجهلا للوديعة، فإنه تنقلب الوديعة دينًا عليه، فكذلك هذا، وإذا انقلبت الأمانة دينًا على العبد بطل؛ لأنه لا يجوز أن يثبت للمولى على العبد دين؛ لأن الإيجاب لا يفيد، وإذا سقط دين المولى صار ما فى يده لغرماء العبد.

١٨٩٣٦- هذا إذا لم يعرف مال المولى بعينه فى يده، وإذا عرف ذلك بأن علمه القاضى أو الشهود شهدوا أن هذا عين مال المولى، كان للمولى أن يأخذ ذلك؛ لأنه وجد عين ماله فيكون أحق به، وكان الحر إذا مات، وقد عرف عين الأمانة فى يده، فإن صاحب الأمانة يأخذها؛ لأنه وجد عين ماله، فكذلك هذا، ويجوز أن يكون للمولى عند عبده مال عين يأخذه من يده، وإن كان لا يجوز أن يثبت له عليه دين، هذا كما يجوز أن يكون للإنسان عند صندوقه وكيسه ودابته مال، ولا يجوز أن يجب عليها دين، فكذلك هذا، وكذلك لو كان فى يد العبد شىء قد عرف بعينه أنه اشتراه العبد بمال المولى أو ثمن شىء باعه العبد للمولى كان المولى أحق به؛ لأنه وجد عين ماله أو بدل ماله، فيكون أحق به كما فى الحر.

وإن أقر العبد فى حياته وصحته بعد ما لحقه الدين أن هذا المال الذى فى يده مال المولى الذى دفعه إليه، وقد عرف دفع المولى إلى العبد بمعاينة الشهود إلا أنهم لا يعرفون مال المولى بعينه إلا أنهم لا يعرفون إقرار المولى بعينه، فإنه لا يصح إقرار العبد أن هذا العبد مال المولى بعينه، وإقرار العبد للمولى بالدين أو بالعين وعلى العبد دين باطل؛

لأن العبد إنما استفاد جواز الإقرار بسبب إذن المولى ، فيكون إقرار الإذن وقد استفاد جواز الإقرار من جهة بمنزلة إقرار الإذن بنفسه ، ولو أقر المولى أن له في يده هذا المال وعلى العبد دين لا يجوز إقراره كذا ههنا لم يكن إقراره صحيحًا ، فإن أقام المولى البينة ، أو أقر الغرماء أن هذا المال هو المال الذي دفعه إلى العبد كان المولى أحق به ، ولو كان أقر بذلك للمولى[1] لم يكن إقراره صحيحًا ، ولو كان أقر بذلك لأجنبي يصح إقراره .

والفرق أن العبد متهم في الإقرار للمولى غير متهم في الإقرار للأجنبي ، وعلى هذا الصبي المأذون له في التجارة من جهة الأب إذا أقر لأبيه بمال في يده أو بدين لا يصح -والله أعلم- .

(١) لعله هو الصحيح ، وإلا كان في الأصل : "الأجنبي" .

الفصل الثالث عشر
فى الخصومات التى تقع بعد حجر المولى على المأذون

١٨٩٣٧- وإذا وجب للعبد المأذون على رجل دين من بيع، أو إجارة، أو قرض، أو استهلاك، أو كان أودع عند رجل وديعة، ثم حجر عليه المولى، فالخصم فى ذلك كله العبد، وتأثير الحجر فى منع لزوم العهدة إياه بسبب باشره ابتداء بعد الحجر، لا فى إبطال ما ثبت له من الحق قبل الحجر، وهذا لأنه ثبت لغريم العبد حق أن يبرأ من الدين متى دفع الدين إلى العبد، فلايملك المولى إبطال هذا الحق على غريمه بالحجر، فإن دفع الغريم الدين إلى العبد برئ سواء كان على العبد دين أو لم يكن.

وإن دفع إلى المولى إن لم يكن على العبد دين برئ عن الثمن استحسانًا، وإن كان على العبد دين لا يبرأ عن الثمن؛ لأن الحجر لما لم يعمل فى إبطال ما ثبت للعبد من قبض الدين صار حال ما بعد الحجر، وحال ما قبله سواء وقبل الحجر الجواب على التفصيل الذى بيّنا، فكذا بعده.

١٨٩٣٨- وإن مات العبد بعد ما حجر عليه كان للمولى أن يخاصم فى ديونه سواء كان على العبد دين أو لم يكن، وهل له أن يقبض ديونه؟ إن لم يكن على العبد دين له أن يقبض، وإن كان عليه دين ليس له أن يقبض، كذا ذكر المسألة فى مأذون "الأصل"، وذكر فى وكالة "الأصل": أن له القبض، بعض مشايخنا قالوا: ليس فى المسألة اختلاف الروايتين، فما ذكر فى المأذون محمول على ما إذا لم يكن موثوقًا به، لكن يقدر على التقاضى، وما ذكر فى الوكالة محمول على ما إذا كان موثوقًا به أيضًا.

وإن لم يمت العبد بعد ما حجر عليه المولى، لكن أخرجه المولى عن ملكه، فالخصم فى ذلك المولى، وهل له أن يقبض؟ فالمسألة على التفصيل الذى ذكرنا، فإن أعتق المشترى العبد، فالخصم فيه هو العبد، وإذا أذن لعبده فى التجارة، فباع من رجل عبدًا، أو قبض الرجل منه العبد، ودفع إليه الثمن، ثم إن المولى حجر على عبده، فوجد المشترى بالعبد عيبًا، فالخصم فى ذلك العبد المحجور، فإن أقام المشترى البينة على العبد

رد عليه، وللمشتري أن يحبس العبد المشتري إلى أن يستوفي الثمن، وإن لم يكن في يد العبد المحجور مال، وعليه دين بدئ بالعبد المردود، فباع وأعطى ثمنه للمشتري، فإن فضل من ثمن العبد المردود شيء فهو لغرماء المحجور، وإن نقص شارك المشتري غرماء المحجور في رقبته، فيبيع لهم جميعًا.

١٨٩٣٩- ولو أن المشتري لم يحبس العبد المشتري بالثمن، بل دفعه إلى المحجور، ثم جاء بعد ذلك يطلب الثمن، فهو أسوة لغرماء المحجور في رقبة العبد المردود وفي رقبة المحجور؛ لأن اختصاصه بثمن العبد المردود لكون المردود محبوسًا بحقه، وقد زال هذا الاختصاص متى دفع المردود إلى المحجور ألا ترى أنه قد بطل بردّ العبد إلى المحجور، ألا ترى أن في حالة الإذن لو ردّ المشتري العبد المشتري على المأذون، ولم يحبسه بالثمن كان أسوة لسائر غرماءه في كسبه ورقبته، وكان كالراهن إذا سلّم الرهن لا يبقى مختصًا بثمنه، ولو لم يكن للمشتري بينة، وطلب يمين المحجور، حلف القاضي المحجور على البتات بالله لقد سلّمه بحكم هذا البيع، وما به هذا العيب.

١٨٩٤٠- ولو أن العبد المحجور لم ينكر العيب، بل أقر به بين يدي القاضي، فإن كان عيبًا لا يحدث مثله، رد القاضي على المحجور لا بإقراره، ولكن بعلمه بوجود هذا العيب عند البيع، وإن كان يحدث مثله، فالقاضي لا يرد عليه بإقراره؛ لأن إقراره في هذه الصورة لم يصح؛ لأن هذا الإقرار منه في الحاصل إقرار بالدين على نفسه؛ لأنه إقرار[1] بحق الرد للمشتري، وبالردّ يصير الثمن دينًا في ذمة البائع، وإقرار المحجور بالدين إذا لم يكن في يده كسب لا يصح بالاتفاق، وههنا لا كسب في يده إلا أن العبد بعد ما أقر العيب لا يبقى خصمًا للمشتري؛ لأنه وافقه لما أقر بالعيب، فيخاصم المشتري المولى، ويقيم البينة عليه بالعيب، ويردّ العبد عليه.

وإن لم يكن للمشتري بينة وأراد أن يحلف المولى حلفه على العلم، فإن نكل أو أقر بالعيب يردّ العبد على المولى، فبعد ذلك ينظر إن كان العيب عيبًا لا يحدث مثله يصح الردّ في حق غرماء المحجور، وإن كان عيبًايحدث مثله وكذب غرماء المحجور المشتري، والمولى فيما أقر به من العيب يصح الرد في حقهما دون الغرماء.

---

(١) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم "لأنه أقر".

ويباع المردود فى ثمنه، وأعطى ثمنه المشترى، فإن فضل من ثمن الآخر شىء على ثمن الأول كان لغرماء المحجور؛ لأن الفاضل بدل كسب المحجور فيصرف إلى غرمائه.

وإن نقص كان النقصان فى رقبة المحجور إلا أنه إذا بيع المحجور يبدأ من ثمنه بغرماء المحجور؛ لأن وجوب هذا القدر فى رقبة المحجور كان بإقرار المولى، وإنه غير صحيح فى حق غرماء المحجور، فإن فضل من ثمن المحجور شىء بعد قضاء دينه كان الفاضل للمشترى؛ لأن الفاضل حق المولى وهو مقر بدين المشترى، وإن لم يفضل، فلا شىء للمشترى، وإن لم يكن على العبد دين كان ثمن المردود فى رقبة المحجور والمردود يباعان فيه لإقرار المولى بذلك للمشترى، والحق فى رقبة المحجور وكسبه للمولى، وإن حلف المولى على العيب لم يرد العبد، فإذا عتق المحجور الآن ردّ العبد عليه لإقراره بالعيب -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الرابع عشر
فى هبة العبد المأذون له الثمن فى البيع قبل القبض وبعده وحطّه وتأخير الثمن أو دين آخر

١٨٩٤١ - العبد المأذون إذا وهب بعض الثمن أو جميع الثمن، أو حطّ الكل قبل القبض أو بعد القبض من غير عيب، فإنه لا يجوز؛ لأنه تبرّع، واصطناع معروف ليس من صنيع التجار، ومثل هذا التبرّع غير داخل تحت الإذن كالهبة والصدقة، وما لم يدخل تحت الإذن، فالحال فيه بعد الإذن كالحال قبله بخلاف الإعارة؛ لأنه وإن كان تبرّعًا إلا أنه من صنيع التجار لا بدّ للتجار منه.

فأما إذا طعن المشترى فيما اشترى من المأذون بعيب، فوهب المأذون بعض الثمن، أو حطّ بعض الثمن، هل يجوز؟ إن كان المحطوط مقدار ما يخصّ العيب من الثمن لا شك أنه يجوز لوجهين: أحدهما: هذه تجارة، والتجارة داخلة تحت الإذن، وإنما قلنا: تجارة، وذلك لأن المشترى استحق الجزء الفائت[1] بالعبد على المأذون، ولهذا ثبت له مطالبة المأذون بتسليم الجزء الفائت، فالمأذون بما يحطّ من بعض الثمن يقطع حق المشترى عن ذلك الجزء الذى استحق عليه بتسليمه، فيصير كالمشترى منه ذلك الجزء، والشراء تجارة.

الوجه الثانى: نسلم أن الحط لمكان العيب ليس بتجارة؛ لأن العبد لا يتملك بهذ الحطّ شيئًا من جهة المشترى من حيث الحقيقة إلا أنه من صنع التجارة، وذلك لأن التجار يحطّون بعض الثمن لمكان العيب حتى لا يردّ عليهم السلعة المبيعة ويؤخذ الثمن منهم، وربّما يكون ما يستوفون من الثمن بعد الحطّ فى ملكهم خيرًا لهم من أخذ السلعة المبيعة، وما كان من صنع التجارة ولا بدّ للتجار منه، فإنه يكون داخلا تحت الإذن كالإعارة واتخاذ الضيافة، فكذلك هذا.

---

(١) وكان فى الأصل "الغائب".

وأما إذا كان مقدار المحطوط أكثر مما يخصّ العيب من الثمن، بحيث لا يتغابن الناس فى مثله، هل يجوز ذلك؟ لم يذكر هذا فى الكتاب، وقد اختلف فيه المشايخ، منهم من قال: يجب أن تكون المسألة على الخلاف على قول أبى حنيفة رحمه الله: يجوز، وعلى قولهما: لايجوز كما لو باع أو اشترى بمحاباة فاحشة، منهم من قال: بأن هذا لا يجوز على قولهم جميعًا.

أما من قال: يجب أن تكون المسألة على الخلاف ذهب فى ذلك إلى أن الحط لمكان العيب بمنزلة البيع والشراء، وذلك لأن المشترى استحق على المأذون بسبب العيب تسليم جزء، وهو مال بدليل أنه متى تعذر ردّه على المأذون لعيب حدث عنده كان له أن يرجع عليه بحصته من الثمن، فالمأذون بما يحط من بعض الثمن يشترى ذلك منه، فكان بمنزلة الشراء من هذا الوجه، والمأذون إذا اشترى بغبن فاحش كانت المسألة على الخلاف. فكذلك هذا، هذا القائل لا يحتاج لأبى حنيفة رحمه الله إلى الفرق بين هذا وبين الشراء، فإنه سوى بينهما على قوله.

وأما من قال: بأن هذا لا يجوز عندهم جميعًا يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين البيع والشراء بغبن فاحش.

والفرق أن البيع والشراء بغبن فاحش تجارة؛ لأنه يملك مالا ويتملك مالا، فكان البيع بغبن فاحش تجارة لغةً.

فأما الحطّ بسبب العيب ليس بتجارة من حيث الحقيقة، وذلك لأن المشترى إن كان يملك بعض الثمن من جهة المأذون، فالمأذون لا يتملك شيئًا من جهة المشترى على الحقيقة؛ لأن الجزء الفائت معدوم، والمعدوم لا يتصور تملكه، وإذا لم يتملك المأذون شيئًا من جهة المشترى من حيث الحقيقة وإنما يملك المشترى بعض الثمن من جهته، كان هذا من المأذون تبرعا من حيث الحقيقة إلا أنا جوزّنا ذلك إذا كان المحطوط مقدار حصة العيب من الثمن، أو أكثر من حصته من الثمن بغبن يتغابن الناس فى مثله؛ لأنه من صنيع التجار، فأما إذا كان المحطوط أكثر من حصة العيب بحيث لا يتغابن الناس فى مثله، فهذا ليس من صنيع التجار، وإنه تبرّع من حيث الحقيقة، فلا يملكه المأذون عندهم جميعًا.

١٨٩٤٢ - هذا إذا وهب بعض الثمن لمكان العيب، فأما إذا وهب جميع الثمن لمكان العيب، أو حطّ الكل لمكان العيب، فإنه لا يجوز عندهم، وذلك لأن الحط تبرع من حيث الحقيقة ؛ لأن المأذون لا يملك شيئًا من حيث الحقيقة مما يحط إلا أنا جوزّنا الحط بمقدار العيب ؛ لأنه من صنيع التجار، وهبة الكل وحطّ الكل ليس من صنيع التجار، فلا يكون داخلا تحت الإذن.

١٨٩٤٣ - قال: وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة، فوجب له على حرّ، أو عبد، أو مكاتب ثمن بيع أو غصب، فأخّره العبد، فإنه يصح تأخيره، وكان يجب أن لا يصح تأخيره ؛ لأن التأخير إبراء موقّت، فيعتبر بالإبراء المؤبد، ولا يصح من المأذون الإبراء المؤبد، فكذا لا يصح منه الإبراء الموقت إلا أنه جوّز استحسانًا، وذلك لأن التأجيل وإن كان إبراء موقّتًا، فهو من صنيع التجار ؛ لأنهم يحتالون بالتأجيل لاستخراج الديون من الناس، وكما دخل تحت الإذن التجارة دخل أيضًا : ما كان من صنيع التجار، وإن لم يكن تجارة كالإعارة واتخاذ الضيافة، ولهذا صحّ منه البيع بثمن مؤجل ؛ لأن البيع بثمن مؤجل من صنيع التجار، فإنهم يبيعون بالأجل كما يبيعون بالحال، فيكثر مبايعة الناس معهم، فيصير ذلك سببًا لتحصيل زيادة الربح، وهذا بخلاف حطّ بعض الثمن من غير عيب، فإنه تبرّع، وليس من صنيع التجار، فلايكون داخلا تحت الإذن.

فإن قيل : البيع بغبن فاحش ليس من صنيع التجار، وقد دخل تحت الإذن عند أبي حنيفة رحمه الله.

قلنا : البيع بغبن فاحش تجارة في نفسه لغةً وشرعًا، فإنه تمليك مال بمال، فكان تجارة من كل وجه، وما كان تجارة من كل وجه يدخل تحت مطلق الإذن بالتجارة، سواء كان ذلك من صنيع التجار أو لم يكن، فأما ما ليس بتجارة لغةً وشرعًا، إنما يدخل تحت مطلق الإذن إذا كان من صنيع التجار، فأما ما ليس من صنيع التجار لا يكون داخلا تحت الإذن.

فرقوا بين هذا وبين الأب والوصي إذا أجّلا دينًا للصبي لا بمعاقدتهما، فإنه لا يصح بالإجماع، وإن كان وجب بمعاقدتهما، وإن صحّ على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يضمنان مثل ذلك للصبي من مالهما، فالتأجيل لم يدخل تحت ولايتهما

على الصغير ، وإن كان ذلك من صنيع التجار إلا أن الجواب عنه أن تأجيل الدين وإن كان من صنيع التجار إلا أنه صنيع لا نظر للصبى فى ذلك ، وما كان تجارة من كل وجه لغةً وشرعًا لم يدخل تحت ولايتهما إذا لم يكن للصغير[1] فيه نظر كالبيع بغبن فاحش ، فكذا ما كان من صنيع التجار لا يدخل تحت ولايتهما على الصغير إذا لم يكن للصبى فيه نظر ، وهذا لأن ولاية الأب والوصى على الصغير شرعًا مقيد بالنظر ، فمتى كان فى تصرفهما نظر على الصغير ملك وإلا فلا ، ولا نظر للصغير فى تأخير الدين الحال ؛ لأنه إن كان المديون قادرًا على أداء الحال كان أخذ الدين منه ممكنًا للحال ، وبالتأجيل ربما يفوت هذا الإمكان .

وإن كان من عليه الدين معسرًا ، فالتأجيل ثابت إلى وقت الميسرة بتأجيل الشرع ، وهو قوله تعالى : ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖ﴾[2] بخلاف ما لو باع عينًا من أعيان الصغير بثمن مؤجل أجلا معتادًا متعارفًا[3] بين الناس حيث يجوز ؛ لأنه نظر للصغير ، فإنه يكتسب بسبب التأجيل للصغير زيادة ثمن ، فإنه يشترى بالثمن المؤجل أكثر مما يشترى بالحال ، فأما فى تأجيل الحال لا نظر للصغير ، فإنه بهذا التأجيل لا يحصل له زيادة مال ، فأما الإذن فى حق العبد والمضارب مطلق عن النظر غير مقيد بشرط النظر حتى ملك تجارة لا نظر فيه للمولى عند أبى حنيفة رحمه الله بأن باع بغبن فاحش ، فكذا ما كان من صنيع التجار الذى ألحق بالتجارة ، جاز أن لا يتقيد بشرط النظر للمولى ، بل يصح منه إذا كان ذلك من صنيع التجار سواء كان للمولى فيه نظر ، أو لا نظر له كالإعارة واتخاذ الضيافة اليسيرة .

١٨٩٤٤ – قال : ولو كان العبد صالحه على أن أخر عنه ثلثًا سنة ، وقبض ثلثًا ، وحطّ ثلثًا كان التأخير جائزًا ، والحطّ باطلا ؛ لأنه جمع بين التأخير والحط ، والتأخير منه جائز حالة الانفراد ، والحط لا يجوز حالة الانفراد ، فإذا جمع بينهما يجوز التأخير ، ولا يجوز الحط .

---

(١) وكان فى الأصل "للصبى".

(٢) سورة البقرة : الآية٢٧٩ .

(٣) وفى ظ : "قائمًا".

١٨٩٤٥- قال: ولو كان المال الذى وجب له قرض أقرضه، فأخره عن صاحبه كان له أن يرجع به عليه حالا؛ لأن الحر لو أخّر القرض، فإنه لا يلزم التأخير، وكان له أن يرجع عليه حالا، وإن رضى بذلك كان أحسن، هكذا ذكر فى "كتاب الصلح"، فالعبد أولى.

فإن قيل: لأى معنى اشتغل محمد رحمه الله بتأخير العبد فى القرض، والقرض من العبد لا يصح.

قلنا: لا يصح من العبد قرض جائز، فأما يصح منه قرض فاسد حتى إذا قبضه المستقرض يصح[1] تصرفه فيه، ولا يكون غاصبًا فى حق المقبوض، والفاسد من العفو يلحق بالجائز فى حق الأحكام، فقد تبين أن القرض الفاسد يلحق بالقرض الجائز فى حق التأجيل غير ملحق بالغصب من حيث إنه قبض حرام؛ لأنه لو كان المقبوض غصبًا، وقد استهلكه القابض فأجل العبد، فإنه يلزمه الأجل حتى لو أراد أن يرجع به حالا ليس له ذلك ما لم يحل الأجل، ومتى كان قرضًا فاسدًا كان له الرجوع به حالا كما لو كان القرض جائزًا، فإنما ذكر تأجيل العبد فى القرض، وإن كان القرض لا يصح من العبد لهذه الفائدة.

١٨٩٤٦- قال: وإذا أذن الرجل لعبده فى التجارة فوجب له، ولرجل آخر على آخر ألف درهم دين هما فيه شريكان، فأخر العبد نصيبه سنة، وقد كان المال حالا، فإن التأخير باطل فى قول أبى حنيفة رحمه الله، والمال حال على حاله ما يقبضه أحدهما أيهما كان يكون مشتركًا بينه وبين صاحبه، وعلى قولهما: التأخير جائز، وما أخذ الساكت، يكون له خاصة لا يشارك العبد فى ذلك حتى يحل الأجل، وذلك لأن المأذون فيما دخل تحت الإذن لا يكون أعلى حالا من الحرّ، ولو كان الدين مشتركًا بين حرين وهو حال، فأجّل أحدهما نصيبه كانت المسألة على الخلاف، فكذلك هذا -والله أعلم.

(١) وفى م: "ينفذ".

الفصل الخامس عشر
فى المأذون يشترى ويجد بالمشترى عيبًا
وقد وهب البائع الثمن من المأذون أو من مولاه

١٨٩٤٧ - قال محمد رحمه الله فى "الأصل": وإذا اشترى المأذون جارية بألف درهم وقبضها، ثم إن البائع وهب الثمن من العبد، وقبل العبد ذلك، فهبته جائزة؛ لأن العبد من أهل أن يتبرّع عليه، وإن لم يكن من أهل التبرّع وأراد بقوله: وقبل العبد الهبة لم يردّها، فإن القبول فى هبة الدين ممن عليه الدين ليس شرطًا لصحة الهبة، فإنها تصح من غير قبول إلا أنها ترتد بالردّ.

وكذلك لو وهبه من المولى، وقبل المولى كانت الهبة جائزة، وكان يجب أن لا يجوز؛ لأنه وهب الدين من غير من عليه الدين؛ لأن الثمن على العبد دون المولى ولم يسلطه على القبض، وهبة الدين من غير من عليه الدين إذا لم يسلطه على القبض لا يجوز قياسًا واستحسانًا.

والجواب أنه وهب الدين ممن عليه الدين من حيث الحكم؛ لأن الدين وإن كان على العبد إلا أنه من حيث الحكم كأنه[1] على المولى؛ لأن المستحق بهذا الدين مال المولى، وهو رقبة العبد وكسبه، والمديون من يستحق عليه بسبب الدين ماله، فكان الدين على المولى من حيث الحكم، فيكون هذا هبة الدين ممن عليه الدين فيكون جائزًا، وهذا كما قالوا فى غريم الميت: إذا وهب الدين من الوارث، فإنه تصح الهبة؛ لأنه وهب الدين ممن عليه من حيث الحكم، وذلك لأن الدين على الوارث من حيث الحكم؛ لأنه يستحق بذلك ماله على الحقيقة أو حقه، فإنه متى لم يكن على الميت دين مستغرق، فالتركة صار ملكًا للوارث، والغريم إنما يستحق على الوارث ماله، وإن كان عليه دين مستغرق، وإن لم يكن للوارث حقيقة ملك فى التركة، فله حق ملك فيها حتى لو تزوج

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف "كان" مكان "كأنه".

جارية من التركة لم يجز ، وإن كان على الميت دين مستغرق ، فدلّ أن الغريم يستحق على الوارث حق الملك أو حقيقة الملك ، فصار الوارث بمنزلة من عليه الدين من حيث الحكم ، فجازت الهبة منه ، كذا ههنا بخلاف ما لو وهب الدين للأجنبى ولم يسلطه على القبض ، فإنه لا يجوز ؛ لأنه وهب الدين من غير من عليه الدين من حيث الحقيقة والحكم ، فإنه لا يستحق بدين العبد شيء من ملك الأجنبى ، أو حق ملكه حتى يعتبر الدين واجبًا عليه من حيث الحكم ، فيكون هذا هبة الدين من غير من عليه الدين ، وإنه باطل إذا لم يسلطه على القبض قياسًا واستحسانًا .

قال : وإن لم يقبلها المولى كانت الهبة باطلة ، يريد بقوله : لم يقبلها ردّها ، وهذا لأن الهبة من المولى جعل بمنزلة الهبة من العبد على ما بيّنا ، ولو وهب من العبد فردّه ، فإنه يبطل الهبة ، فكذا إذا وهب من المولى فردّه المولى .

ويجب أن يكون الجواب فى غريم الميت إذا وهب الدين من الوارث ، ثم ردّه أن يبطل الهبة ؛ لأن الهبة حصلت للوارث كما فى هذا المسألة ، إنما الخلاف فيما إذا وهب للميت فردّه الوارث .

قال أبو يوسف رحمه الله : يعمل ردّه ، وقال محمد رحمه الله : لا يعمل ردّه على ما عرف فى الوكالة .

قال : البائع إذا وهب الثمن كله من العبد أو من المولى ، ثم وجد العبد بالمشترى عيبًا وأراد أن يردّه بالعيب ، فهذا على وجهين : إما أن يكون الثمن دينًا بأن كان دراهم ، أو دنانير ، أو مكيلا ، أو موزونًا فى الذمة ، أو كان عينًا بأن كان عرضًا بعينه وقد وهب قبل القبض أو بعد القبض ، فإن كان الثمن دينًا وقد وهبه قبل القبض من العبد ، فليس له أن يردّه بالعيب استحسانًا ، وعلى قول زفر رحمه الله : له ذلك ، وإن وهب منه بعد القبض كان له أن يردّه بالعيب ، ويستردّ منه بالثمن قياسًا واستحسانًا .

والجواب فى هذا كالجواب فى المرأة إذا وهبت الصداق من الزوج ، وكان الصداق دينًا ، ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها ، هل للزوج أن يرجع عليه بنصف الصداق؟ فإن كانت وهبت الصداق من زوجها بعد القبض فإن الزوج يرجع عليها بنصف الصداق قياسًا واستحسانًا ، وإن وهبت قبل القبض ، فالقياس أن يرجع عليها بنصف الصداق ،

وبه قال زفر رحمه الله، وفي الاستحسان: لا يرجع عليها بشيء، وبه قال علماءنا الثلاثة رحمهم الله؛ لأن ما وصل إلى الزوج بالهبة قبل القبض عين ما كان يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول، فإنه كان يستحق بالطلاق قبل الدخول متى لم يكن الصداق مقبوضًا براءة ذمته عن نصف الصداق، وقد حصل له ذلك بالهبة، فصار كحصوله بالطلاق، ولو برئت ذمته بالطلاق قبل الدخول عن نصف الصداق لم يكن له على المرأة سبيل، فكذلك هذا.

ومتى كان الصداق مقبوضًا لم يصل إليه بالهبة عين ما كان يستحقه بالطلاق قبل الدخول؛ لأن بالطلاق قبل الدخول الزوج كان لا يستحق النصف من المقبوض، وإنما كان يستحق مثله دينًا في ذمة المرأة، وإذا لم يصل إليه بالهبة عين ما كان يستحقه بالطلاق قبل الدخول كان له الرجوع بنصف الصداق على المرأة كما لو وهبت المرأة للزوج مالا آخر من أموالها، فكذلك هنا متى لم يكن المبيع مقبوضًا بالهبة وصل إلى المأذون عين ما كان يستحقه بالرد، فإنه كان يستحق بالرد براءة ذمته عن الثمن، وقد سلّم له ذلك بالإبراء، فصار كما لو سلّم له بالرد عليه، فلم يكن له أن يرجع على البائع بشيء، وإذا كان لا يستوجب على البائع شيئًا لو ردّه بالعيب كان ردًّا بغير شيء، فيكون تبرّعًا، والمأذون ليس من أهل التبرّع، وأما إذا وهب الثمن منه بعد القبض لم يسلّم له بالهبة عين ما كان يستحقه بالردّ، فإنه كان يستحق بالردّ مثل المقبوض لا عينه، وقد سلّم له بالهبة عين المقبوض، فكان له أن يرجع على البائع بالثمن، فكان هذا ردّ الثمن، وإنه تجارة معنى، فيملكه المأذون.

وأما إذا كان الثمن عرضًا بعينه وقد وهب ذلك من المأذون بعد القبض بأن باع العبد المأذون عبدًا بجارية، وقبض بائع الجارية العبد من المأذون، ثم وهبه من المأذون، ثم وجد المأذون بالجارية عيبًا، وأراد أن يردّها بالعيب، فليس له ذلك عند علماءنا الثلاثة رحمهم الله استحسانًا، وهو على قياس مسألة الصداق إذا كان الصداق عينًا، وقد وهبت المرأة ذلك من زوجها بعد القبض، ثم طلّقها قبل الدخول بها، فعندنا ليس للزوج أن يرجع عليها بشيء استحسانًا؛ لأنه وصل إليه بالهبة عين ما كان يستحقه بالطلاق، فلم يكن له أن يرجع عليها بشيء بعد الطلاق، فكذلك ههنا وصل إليه بالهبة عين ما كان يستحقه بالردّ؛ لأنه بالردّ كان يستحق عين المقبوض لا غيره، وقد وصل إليه ذلك، فلا

يستوجب عليه شيئًا آخر، فمتى ردّ، ردّ بغير ثمن، وإنه لا يصح من المأذون.

١٨٩٤٨ - وإن وهب العبد من المأذون قبل القبض، وقبل المأذون، جاز ذلك، ويكون إقالة للبيع، وذلك لأنه تعذر العمل بحقيقة الهبة، وأمكن العمل بمجازها بأن يجعل الهبة كناية عن الإقالة، فجعلناها كناية عن الإقالة حتى لا يلغو، وإنما قلنا: تعذر العمل بحقيقة الهبة؛ لأنه وهب المبيع النقلى من البائع قبل القبض، وإنه لا يجوز عندهم جميعًا؛ لأنه تصرف فى المبيع قبل القبض، وقد نهى عن ذلك.

فرق بين هذا وبين ما إذا وهب من الأجنبى المبيع النقلى قبل القبض، وسلطّه على القبض حيث يجوز ذلك؛ لأن الهبة من الأجنبى إن حصلت قبل قبض المبيع، فالقبض بحكم الهبة حصل بعد قبض المبيع من حيث الحكم والاعتبار، ولو حصل القبض بحكم الهبة بعد قبض المبيع من حيث الحقيقة، جاز ذلك، وإن حصلت الهبة قبل قبض المبيع؛ لأن الهبة إنما تفيد الملك بالقبض، فتكون العبرة لحالة القبض لا لحالة الهبة، ألا ترى أنه لو وهب مشاعًا يحتمل القسمة، ثم أفرزه، وسلّم جاز، فكذا هذا إذا وهب المبيع قبل القبض، وسلّم بعد القبض، فإنه يجوز الهبة.

وإذا كان الجواب هكذا لو حصل القبض بحكم الهبة من حيث الحقيقة بعد قبض المبيع، فكذا إذا وجد القبض بحكم الهبة من حيث الحكم والاعتبار بعد قبض المبيع؛ لأن الأجنبى يصلح وكيلا للمشترى بقبض المبيع من البائع، وإذا أمره بالقبض، وقبض الهبة، لا يصلح إلا بعد قبض المبيع، فقد أناب قبضه مناب قبض نفسه، فصار قابضًا أولا عن المشترى بحكم البيع، ثم عن نفسه بحكم الهبة، ومتى كان الموهوب له البائع، فالبائع لا يصلح وكيلا عن المشترى بقبض المبيع له من نفسه؛ لأنه يكون مسلمًا ومسلمًا إليه، وإذا لم يصلح البائع وكيلا عن المشترى بالقبض له من نفسه لا يمكننا أن نجعل البائع قابضًا المبيع للمشترى أو لا، ثم لنفسه بحكم الهبة، فيكون القبض بحكم الهبة حاصلا قبل قبض المشترى، فلا يجوز هذا.

بيان تعذر العمل بحقيقة الهبة إذا كان البائع موهوبا له، وبيان إمكان جعلها كناية عن الإقالة أن اللفظ إنما يجعل كناية عن غيره بأحد الأمرين: إما من حيث إن اللفظ يكون سببًا له كالمسيس يكنى به عن الجماع؛ لأنه سبب الجماع، والهبة فى الحرة يجعل

كناية عن النكاح؛ لأن الهبة متى تحققت فى الأمة كان سببًا لملك البضع كالنكاح، أو لموافقة بينهما فى المعنى الخاص كما يسمّى الشجاع أسدًا لموافقة بينهما فى معنى الشجاعة، والبليد يسمّى حمارًا لموافقة بينهما فى منى البلادة، وههنا إن لم يمكن أن يجعل الهبة كناية عن الإقالة بالطريق الأولى؛ لأن الهبة متى صحت فى محلها قط لا تكون سببًا مؤديًا إلى الإقالة أمكن أن يجعل كناية عنه بالطريق الثانى، وهو الموافقة بينهما فى المعنى الخاص، ولذلك وجهان: أحدهما: أن الهبة تبنى على الامتنان، والإقالة تساوى الهبة فى معنى الامتنان، ألا ترى أنه كما يقال فى الدعاء: اللهمّ هب لى عثرتى وزلتى، يقال أقل عثرتى وزلتى.

والثانى: أن الهبة توجب ملكًا جديدًا بغير عوض، والإقالة توجب ملكًا بغير بدل فى حق المتقابلين؛ لأنها فسخ فى حق المتقابلين، والفسخ يفيد إلى كل واحد منهما قديم الملك، فمن حيث إن كل واحد منهما يوجب ملكًا بغير عوض متفقان، وإن كان يختلفان من حيث إن الهبة توجب ملكًا جديدًا بغير بدل، وهذا قديم الملك، ولما كان بينهما موافقة فى المعنى الخاص أمكن أن يجعل الهبة كناية عن الإقالة، وهذا بخلاف ما لو باع المبيع قبل القبض من البائع، فإنه لا يجعل إقالة؛ لأن البيع لا يصح كناية عن الإقالة؛ لأن البيع ليس بسبب مؤدّ إلى الإقالة، فإن البيع متى تحقق لا يكون سببًا لوجود الإقالة، ولا موافقة بينهما فى المعنى الخاص؛ لأن البيع يوجب ملكًا جديدًا بعوض، والإقالة توجب قديم الملك فى حق المتعاقدين بلا عوض، والإقالة تنبئ عن الامتنان، والبيع لا ينبئ عن ذلك، فإنه لا يقول فى الدعاء: اللهم بع زلتى وعثرتى كما يقال: أقل عثرتى وزلتى.

١٨٩٤٩ – قال: وإذا باع العبد المأذون رجلا جارية مما فى يده بغلام، ثم إن المأذون وهب الغلام من بائعه قبل أن يقبضه المأذون وقبله البائع، فهو جائز، وكان إقالة للبيع، وذلك لأن مشترى الغلام لو كان حرًا، وقد وهب الغلام من البائع قبل القبض، فإنه يجعل إقالة، وإن كان من أهل الهبة؛ لأنه وهب المبيع قبل القبض، فلأن يجعل إقالة من العبد، وهو ليس من أهل الهبة أصلا أولى، هكذا ذكر فى الكتاب، ولم يحكِ فيه خلافًا.

١٨٩٥٠- حكى عن الفقيه أبى بكر البلخى رحمه الله : أنه كان يقول : لقائل أن يقول : ما ذكر فى الكتاب قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، فأما على قول أبى يوسف رحمه الله : يجب أن لا يجعل إقالة ، وذلك لأن العبرة عنده للفظ لا للمعنى ، فإنه قال : العبد المأذون إذا وهب شيئًا من كسبه بشرط العوض ، والعوض مثل قيمة الهبة لا يجوز ، واعتبر اللفظ ولم يعتبر المعنى ، وأبو حنيفة ومحمد جوّزا ذلك ، واعتبرا المعانى لا اللفظ ، فيجب أن تكون هذه المسألة على هذا الخلاف ؛ لأن المعنى وإن كان معنى الإقالة ، فاللفظ لفظ الهبة ، ولقائل أن يقول : محمل المسألة على الوفاق ، ويقول : بأنه يجوز الإقالة عندهم جميعًا وإن كان اللفظ لفظ الهبة .

والفرق لأبى يوسف رحمه الله بين هذا وبين الهبة[1] بشرط العوض .

ووجه الفرق له وهو أن فى الهبة بشرط العوض إنما اعتبر اللفظ فى حق منع الجواز ؛ لأن لفظ الهبة ثمة لم يصر كناية عن البيع من الابتداء بدليل أنه وجب اعتبار أحكام الهبات فى الابتداء حتى قالوا : لا يجوز فى مشاع يحتمل القسمة ، وقبل التقابض لكل واحد منهما الرجوع ، وإذا بقى اللفظ معتبراً بحقيقته لم يصح من المأذون ؛ لأن المأذن ليس من أهل التبرع ، وأما لفظ الهبة ههنا من الابتداء صار كناية عن الإقالة حتى لم يبقَ للفظ عبرة فى شيء من أحكام الهبة حتى صح فى المشاع ، وبعد ما وجد الإيجاب والقبول لا يملكان الرجوع ، وإذا صار اللفظ من الابتداء كناية عن الإقالة ، صار قول العبد : وهبتك ، وقوله : أقلتك سواء ، وكان كالمولى إذا أذن لعبده فى النكاح ، فتزوج امرأة بلفظة الهبة جاز عندهم جميعًا ؛ لأن لفظة الهبة من الابتداء صارت كناية عن النكاح ، ولم يبقَ للفظ عبرة فى إثبات شيء من أحكام الهبة ، فكذلك هذا .

قال : فإن يقبل المشترى الهبة ، فهبة العبد باطلة ؛ لأن لفظة الهبة صارت عبارة عن الإقالة ، فكأن المأذون قال للمشترى : أقلتك البيع فى الغلام ، ولو قال : هكذا ولم يقبل المشترى بطل ، فكذلك هذا .

ولو كان المشترى الجارية هو الذى وهب الجارية من المأذون قبل أن يقبضها ، وقبلها المأذون ، فالهبة جائزة ، وهى إقالة للبيع سواء كان على العبد دين أو لادين عليه ؛

(١) وفى ظ "المسألة".

لأنه تعذر العمل بحقيقته؛ لأنه وهب المبيع من البائع قبل القبض، وأمكن العمل بمجازه بأن يجعل عبارة عن الإقالة؛ لأن الإقالة تصح من المأذون قبل القبض وبعده، سواء كان عليه دين أو لا، وكان الجواب فيه كالجواب فيما لو كان مشترى الجارية حرًا.

هذا إذا وهب مشترى الجارية الجارية من المأذون قبل القبض، فأما إذا وهب الجارية من مولى المأذون قبل القبض، وأمره بالقبض فقبض، هل يصح الهبة؟ فهذا على وجهين: إما أن يكون على العبد دين، أو لا دين عليه، فإن لم يكن على العبد دين، فالهبة جائزة، وتكون إقالة للبيع، وذلك لأن بيع الجارية من المأذون، ولا دين عليه بمنزلة إذن المولى من وجه، كما جعل الإذن من المأذون لعبد من كسبه فى التجارة، ولا دين عليه بمنزلة إذن المولى من وجه حتى قالوا: لو حجر المولى على الأول لا ينحجر الثانى كأن المولى أذن له، وإذا صار المولى بائعًا للجارية ببيع المأذون إذا لم يكن على المأذون دين، صار هبة الجارية من المولى كهبته من المأذون، ولو وهب الجارية من المأذون قبل القبض جاز، وجعل كناية عن الإقالة، فكذلك هذا.

فأما إذا كان على العبد دين فإنه تجوز الهبة إذا أمر المولى بالقبض، ولا يكون إقالة حتى كان للعبد أن يأخذ الغلام من مشترى الجارية، وذلك لأنه أمكن العمل بحقيقة الهبة، وتعذر العمل بمجازها، وهو الإقالة إذا كان على العبد دين، ومتى أمكن العمل بحقيقة الكلام وبمجازه فإنه يعمل بالحقيقة لا بالمجاز، فإذا لم يمكن العمل بالمجاز، وأمكن بالحقيقة؛ لأن يجب العمل بالحقيقة أولى.

وإنما قلنا: أمكن العمل بحقيقة الهبة؛ لأن بيع المأذون الجارية، وعليه دين لا يكون كبيع المولى بوجه؛ لأن المولى لا يمكن بيعه بنفسه فى هذه الحالة حتى يجعل بيع المأذون كبيعه، وإذا لم يكن بيع المأذون فى هذه الحالة كبيع المولى، صار مشترى الجارية واهبًا للمبيع قبل القبض من غير البائع، والمشترى متى وهب المبيع قبل القبض من غير البائع وأمره بالقبض فقبض جازت الهبة كما لو وهب المبيع من الأجنبى وأمره بالقبض جازت الهبة، فقد أمكن العمل بحقيقة الهبة، وإنما قلنا: تعذر العمل بمجازها وهى الإقالة؛ لأن إقالة المولى عقد عبده، وعليه دين لا يصح كما لا يصح بيعه على العبد وعليه دين، فهذا معنى قولنا: إنه أمكن العمل بحقيقة لفظ الهبة، وتعذر العمل

بمجازها، فتجوز هبته كما لو وهب من الأجنبى، وأمره بالقبض.

فإن قيل: فى الأجنبى إنما جاز؛ لأن الأجنبى صار قابضًا للهبة بعد قبض المشترى المبيع من حيث الحكم والاعتبار؛ لما بيّنا أن الأجنبى يصلح وكيلا للمشترى بقبض المبيع من البائع، فإذا أمره المشترى بقبض الهبة، ولا يصح قبض الهبة إلا بعد أن يقبض المشترى المبيع أولا، ثم يسلّم بحكم الهبة بعد ذلك اعتبر الأجنبى قابضًا الهبة من المشترى بعد قبض المشترى المبيع من حيث الحكم والاعتبار، وهذا جائز على ما بيّنا، فأما من المولى متى جاز، يصير المولى قابضًا الهبة قبل قبض المشترى المبيع بحكم الشراء؛ لأن المولى لا يصح وكيلا للمشترى بقبض المبيع من العبد؛ لأن لا يصلح وكيل الأجنبى بقبض المضمون من عبده، سواء كان المضمون على العبد دينًا أو عينًا؛ لما فيه من إبراء عبده عن الضمان على ما يأتى بيانه بعد هذا، فكذا هذا.

وإذا لم يمكن أن يجعل المولى وكيل مشترى الجارية بقبض الجارية أولا من العبد بحكم الشراء، ثم يقبض الهبة بعد ذلك صار المولى قابضًا الهبة من المشترى قبل قبض المشترى، وهذا لا يجوز كما لو وهب من البائع قبل القبض وأمره بالقبض، إلا أن الجواب عن هذا أن يقال: بأن المولى إنما لا يصلح وكيلا للأجنبى بقبض المضمون من عبده مقصودًا، وهنا لايصير وكيلا للأجنبى بقبض المضمون من عبده مقصودًا، وإنما يصير وكيل الأجنبى بقبض المضمون من عبده حكمًا لقبض الهبة؛ فإن المشترى أمره بقبض الهبة؛ لأنه قبض الهبة؛ لما كان لا يصح إلا بعد أن يكون المشترى قابضًا للمبيع أولا بحكم الشراء عن المشترى، ثم قابضًا بحكم الهبة لنفسه بعد ذلك صار وكيلا[1] للأجنبى بقبض المضمون من عبده تبعًا لقبض الهبة لنفسه، فيكون توكيله للأجنبى بقبض المضمون من عنده تبعًا لقبض الهبة لنفسه، فيكون حكمًا لا مقصودًا، وقد يجوز أن يثبت الشىء حكمًا لغيره، وإن كان لا يثبت مقصودًا كما أن البيع لايثبت من غير إيجاب وقبول مقصودًا، ثم يثبت حكمًا لغيره كما فى قوله: أعتق عبدك عنى على ألف درهم، فأعتق يثبت بينهما بيع من غير إيجاب وقبول حكمًا لصحة الإعتاق عن الآمر، وإن كان لا يثبت ذلك مقصودًا، فكذلك هذا، وإذا صلح وكيل المشترى بقبض المبيع

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف "صار وكيل الأجنبى"، وكان فى م "صار وكيلا للأجنبى".

أولا حكمًا لقبض الهبة لنفسه حصل قبضه الهبة بعد قبض المشترى المبيع ، فجاز كما لو وهب من غيره .

فإن قيل : جعل المولى وكيل الأجنبى بقبض المبيع بحكم الشراء أصلا ، وبقبض الهبة تبعًا له أولى من جعل قبض الهبة أصلا وقبض الشراء حكمًا وتبعًا له ؛ لأن قبض المشترى يثبت سابقًا ، وقبض الهبة يثبت لاحقًا ، واللاحق أبدًا يكون تبعًا للسابق ، أما السابق لا يكون تبعًا للاحق .

ألا إن الجواب عنه من وجهين : أحدهما : أن قبض المشترى إن كان يثبت سابقًا ، وقبض الهبة يثبت لاحقًا إلا أن السابق ههنا لا يثبت حكمًا لصحة اللاحق والسابق ، ومتى كان يثبت حكمًا لصحة اللاحق نجعل السابق تبعًا للاحق واللاحق أصلا ، هذا كما فى قوله : أعتق عبدك عنى على ألف درهم ، فقال : أعتقت ، فإن البيع يعتبر سابقًا ، والعتق يثبت لاحقًا ، ثم يكون البيع تبعًا للمعتق حتى صح من غير إيجاب وقبول ؛ لأن البيع إنما يثبت سابقًا مقتضى صحة الإعتاق عن الآمر ، فكان تبعًا للاحق ، فكذلك هذا ، وكذلك قال فيمن قال : لله على أن أصلى ركعتين يلزمه الطهارة ، ويكون لزوم الطهارة سابقًا لهذا المعنى ، فكذلك هذا .

والثانى : أنا متى جعلنا قبض المولى الجارية عن الشراء أصلا ومقصودًا ، وقبض الهبة تبعًا له لم تصح الهبة ، ومتى جعلنا قبض المولى الهبة أصلا ، وقبض الشراء حكمًا وتبعًا له ، صحت الهبة ، وكان جعل قبض الهبة أصلا وقبض الشراء تبعًا وحكمًا له ، وفيه تصحيح الهبة أولى من جعل قبض الشراء أصلا ، وقبض الهبة تبعًا ، وفيه فساد العقد ، وهذا لما عرف أن العقد متى توجه له وجهان فى أحدهما صحة العقد ، وفى الآخر فساده ، كان حمل العقد على وجه يصح العقد أولى .

فإن قيل : أليس لو وهب مشترى الجارية من المأذون وعليه دين أو لادين عليه أو من مولاه ولا دين عليه فإنه لا يحمل على الهبة ، ولم يقل أحد : بأن البائع إنما لا يصح وكيل المشترى بقبض المبيع عن نفسه مقصودًا ، وأما حكمًا لغيره فإنه يجوز ، فيجعل وكيلا عنه أولا بقبض المشترى ، ثم بالهبة عن نفسه حكمًا فتجوز الهبة .

ألا إن الجواب عنه أن فى الهبة من المأذون من المولى ولا دين عليه إنما لم يعتبر

هكذا، حتى تجوز الهبة؛ لأنا لو اعتبرنا هكذا احتجنا إلى إثبات ما لم يذكر أصلا، وهى الوكالة عن المشترى بقبض المبيع من البائع، وهذا غير مذكور لفظًا، وغير المذكور لفظًا لا يعتبر مذكورًا إلا حالة الضرورة؛ لأن المعدوم لا يعتبر موجودًا إلا لضرورة، والضرورة أن يصح ما يلفظ به المتكلم، وإنما يتحقق هذه الضرورة إذا حصلت الهبة عن المولى وعلى العبد دين، فأما متى لم نجعله وكيلا للمشترى أولا بقبض المبيع من البائع ثم لنفسه بحكم الهبة لا يصح ما تكلم به من الهبة أصلا؛ لأنه لا يمكن العمل بحقيقة الهبة قبل قبض المشترى، ولا يمكن أن يجعل كناية عن الإقالة؛ لأن الإقالة من المولى، وعلى العبد دين لا يصح، فيلغو الكلام أصلا متى لم يعتبر المولى وكيلا عن المشترى أولا بقبض المشترى من البائع، ثم قابضًا لنفسه بحكم الهبة.

وهذه الضرورة معدومة متى وهب من المأذون وعليه دين، أو لا دين عليه، أو من المولى ولا دين على العبد؛ لأنا متى لم نجعل المولى أو العبد وكيلا عن المشترى أو لا بقبض المبيع حكمًا لقبض الهبة، وإنه غير مذكور لفظًا لا يلغو هذا الكلام، فإنه يمكن أن يجعل كناية عن الإقالة؛ لأن الإقالة من المأذون، ومن المولى على المأذون إذا لم يكن عليه دين جائز، فكان حمل اللفظ على المجاز، وإنه عمل ببعض معانى اللفظ؛ لأن اللفظين يتفقان فى معنى الامتنان أولى من إثبات ما هو غير مذكور من حيث اللفظ أصلا.

قال: ولو كان المشترى قبض الجارية، وقبض المأذون الغلام، ثم إن العبد وهب الغلام للمشترى وقبل ذلك المشترى فهبته باطلة ولا تجعل إقالة، وإن كانت الهبة من المأذون بعد القبض لا تصح، وتصح الإقالة، وذلك لأن الهبة من المأذون بعد قبض المبيع إن كان لا يصح نافذًا يصح موقوفًا على إجازة المولى والغرماء، فإن المولى لو أجاز الهبة، جازت إذا لم يكن على العبد دين، ولو كان على العبد دين، فأجاز الغرماء، فإنه يجوز الهبة، وإذا أمكن القول بصحة الهبة موقوفًا بعد قبض العبد الغلام لم يضطر إلى أن يحمله على المجاز وهى الإقالة، فالكلام لا يحمل على المجاز ما لم يتعذر العمل بالحقيقة من كل وجه بخلاف ما لو وهب قبل القبض، فإنه يجعل إقالة إذا قبله الآخر؛ لأنه تعذر العمل بحقيقة الهبة نافذًا أو موقوفًا، فإنه لا يجوز بإجازة أحد، وأمكن العمل بمجازه.

قال : ولو كان مشترى الجارية هو الذى وهب الجارية للعبد المأذون أو لمولاه كانت هبته جائزة؛ لأنه وهب الجارية بعد القبض، والمشترى لو باع المبيع بعد القبض جاز، فكذا إذا وهب إلا أنه إن وهب للعبد يصير كسبًا من أكساب العبد يتعلق به حق غرماء العبد، وإن وهب للمولى يصير كسبًا من أكساب المولى لا يتعلق به حق غرماء العبد، فإن وجب المأذون بالجارية عيبًا، فأراد ردّها، إن كان وهب الجارية من المأذون لا يكون له الردّ سواء كان على المأذون دين أو لا يكون؛ لأنه لو ردّ ردّ بغير ثمن؛ لأنه وصل إلى المأذون بالهبة عين ما كان يستحقه بالردّ.

وإن كان وهب الجارية من المولى، فهذا على الوجهين : إن لم يكن على المأذون دين، فإنه لا يردّ الغلام بالعيب؛ لأنه لو ردّ الغلام ردّ بغير ثمن؛ لأنه وصل إلى المأذون بالهبة من المولى، إذا لم يكن عليه دين عين ما كان يستحقه من الردّ؛ لأنه بالردّ كان يستحق أخذ الجارية التى باعها من المشترى على وجه يعود إلى ملك المولى، وقد وصل ذلك إليه بالهبة.

فإن قيل : لم يصل إليه عين ما كان يستحقه بالردّ؛ لأنه بالردّ يستحق أخذ الجارية التى باعها على وجه يعود إلى ملك المولى، ويكون من كسبه يتعلق به دينه، وبالهبة إن عاد إلى ملك المولى لم يعد إلى كسبه، ألا ترى لو لحقه دين بعد ذلك لا يتعلق به.

قلنا : المستحق بالردّ على المشترى إعادة الجارية إلى ملك المولى، فأما الإعادة إلى كسب العبد غير مستحق على المشترى بعد الردّ، ألا ترى أن الجارية لو كانت قائمة فى يد المشترى لم يهب من المولى حتى وجد العبد المأذون بالغلام عيبًا، فردّه على مشترى الجارية، فقبل أن يأخذ الجارية من المشترى جاء المولى، وأخذها من المشترى لم يكن على المشترى شىء إذا لم يكن على العبد دين، وإن لم يعد المشترى الجارية إلى كسب المأذون، فدلّ أن هذا غير مستحق على المشترى بعد الردّ، وإنما المستحق[1] عليه الإعادة إلى ملك المولى، وقد حصل هذا بالهبة قبل الردّ.

فأما إذا كان على المأذون دين وردّ الغلام بالهبة؛ لأنه لم يصل بالهبة عين ما كان يستحقه المأذون على المشترى، فإن المأذون بالرد كان يستحق أخذ الجارية التى باعها على

(١) هكذا فى ظ، وفى ف وم "وإنما يستحق".

وجه يعود إلى كسبه بالردّ يقضى بها دين الغرماء ، ألا ترى أن الجارية لو كانت قائمة فى يد مشتريها لم يهب من المولى حتى ردّ المأذون الغلام بالعيب ، وأخذ المولى الجارية من المشترى ، وعيبها[1] كان للمأذون أن يرجع عليه بالقيمة .

قلنا : ومتى وهب الجارية من المولى لم تعد الجارية إلى كسب المأذون ، ومتى لم يصل بالهبة من المولى عين ما كان يستحقه المأذون على المشترى بالردّ كان له الردّ ؛ لأنه لو ردّ لردّ بثمن لا بغير ثمن .

١٨٩٥١ - قال : وإذا أذن الرجل لعبده فى التجارة ، فباع العبد المأذون جارية مما فى يده بغلام وتقابضا ثم حدث بالجارية عيب عند مشترى الجارية بآفة سماوية ، أو بفعل المشترى ، أو بفعل الأجنبى ، أو كانت ولدت ولدًا ، أو وطئها المشترى وهى ثيب أو بكر ، أو وطئها رجل أجنبى ، ثم إن مشترى الجارية وهب الجارية من المأذون لمولاه ، أو من مولاه ، وعلى المأذون دين ، أو لا دين عليه ، ثم إن المأذون وجد بالغلام عيبًا ، فأراد أن يردّه كان له ذلك ؛ لأنه لو ردّ لردّ بثمن ؛ لأنه بالهبة لم يصل إلى المأذون من جهة المشترى عين ما كان يستحقه بالردّ على المشترى فى هذه المسائل .

أما إذا تعيّب بفعل الأجنبى حتى وجب الأرش ، أو وطئت حتى وجب العقر ، أو ولدت ، فلأن حق المأذون فى قيمة الجارية لا فى عينها لمكان الزيادة المنفصلة ، ألا ترى أنه لو ردّ ولم يكن وهب الجارية منه كان لا يستحق على المشترى عين الجارية ، ولم يصل إلى المأذون قيمة الجارية ، وإنما وصل إليه عين الجارية ، وعين الجارية غير القيمة ، وأما إذا تعيّب الجارية فى يد المشترى بآفة سماوية ، أو بفعل المشترى ، فلأنه وصل إليه عين ما كان يستحقه بالردّ من وجه دون وجه ؛ لأنه وصل إليه الجارية ، والجارية عين حقه من وجه ، ومن جه عين حقه القيمة ، ألا ترى لو كانت الجارية قائمة فى يد المشترى بأن لم يكن وهب حتى ردّ المأذون الغلام عليه كان للمأذون أن يترك الجارية عليه ، ويضمنه قيمة الجارية ، وما لم يصل إليه عين حقه من كل وجه من جهة المشترى بالهبة لا يكون كوصوله إليه من جهته بالردّ ، وكان له الرجوع بالثمن ، فلو ردّه ردّه بثمن ، وله ذلك .

١٨٩٥٢ - قال : وإذا اشترى العبد المأذون له جارية من رجل بغلام مما فى يده

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل "من المشترى ، وعليه دين كان للمأذون" ، وفى ف وم "وعيبه" .

قيمته ألف درهم وتقابضا، ثم إن البائع وهب الألف التى قبض، والغلام من العبد المأذون فى التجارة، وقبضها العبد المأذون، ثم إن العبد المأذون أراد ردّ الجارية بعيب وجده فيها فليس له أن يردّها، أما ما يخص الغلام من الجارية لا شك أنه لا يردّها؛ لأنه لو ردّها، ردّها بغير شيء؛ لأنه وصل إليه بالهبة من جهة مشترى الغلام عين ما كان يستحقه بالرد على مشترى الغلام[1].

وأما ما يخصّ الألف من الجارية ففيه نوع إشكال؛ لأنه لو ردّ حصة الألف من الجارية ردّ بثمن؛ لأنه لم يصل إليه بالهبة من جهة المشترى عين ما كان يستحقه على المشترى بالردّ؛ لأن حقه فيما يخصّ الألف ليس عين المقبوض، وإنما هو مثله، فلو ردّ حصة الألف من الجارية لردّ بثمن.

إلا أن الجواب عنه أن يردّ حصة الألف من الجارية ما امتنع؛ لأنه لو ردّ، ردّ بغير ثمن حتى يجيء هذا الإشكال، وإنما امتنع لعلة أخرى أنه لو ردّ حصة الألف من الجارية ورجع عليه بالألف تضر ربه البائع، فإن الجارية خرجت عن ملكه غير معيب بعيب الشركة، والآن يدخل فى ملكه معيبًا بعيب الشركة، وفى ذلك ضرر على البائع، فامتنع الردّ فيما يخصّ الألف من الجارية لضرر يلحق البائع بالردّ حتى لو رضى البائع بهذا الضرر كان له أن يردّ حصة الإلف من الجارية، ويرجع على البائع بالألف، فإن كان وهب للمولى، ثم وجب العبد المأذون بالجارية عيبًا، فأراد ردّها، إن كان لا دين على المأذون، فليس للمأذون أن يردّ الجارية بالعيب؛ لأن الهبة من المولى، ولا دين على المأذون بمنزلة الهبة من المأذون حتى لو كان جميع ثمن الجارية غلامًا لا يكون للمأذون أن يردّ الجارية بالعيب، ولو كان جميع ثمن الجارية ألف درهم كان له أن يردّ بالعيب كما لو حصلت الهبة من المأذون، ولو وهب الغلام والألف من المأذون، ثم وجد المأذون بالجارية عيبًا لا يكون له أن يردّها بالعيب، فكذلك هنا.

فأما إذا كان على المأذون دين كان له الردّ بالعيب؛ لأن الهبة من المولى وعليه دين بمنزلة الهبة من الأجنبى حتى لو كان جميع ثمن الجارية غلامًا، وقد وهب الغلام من المولى وعليه دين كان له أن يردّ بالعيب، فإذا كان بعض ثمن الجارية غلامًا وبعضه

---

(١) وفى م "الجارية".

دراهم؛ لأن يكون للمأذون الردّ بالعيب أولى وأحرى، فإن ردّ القاضى بالعيب، ثم وقعت البراءة عن الديون، فإن قضى القاضى بالردّ ماضٍ على حاله لا ينقض وإن زال المانع من الردّ؛ لأنه لم يظهر خطأ القاضى فيما قضى بالردّ؛ لأن بالإبراء والقضاء لم يظهر أنه لم يكن على المأذون دين وقت الردّ، قضاء القاضى متى نفذ فى موضع أطلق له الشرع لا ينقض قضاءه ما لم يظهر خطأه بيقين، ولم يظهر خطأه، وكان بمنزلة ما لو قضى القاضى بالفرقة بسبب العنة، ثم زالت العنة، أو قضى بالرد بسبب العيب، ثم زال العيب، فإنه لا ينقض قضاء القاضى؛ لأنه لم يظهر أن العنة والعيب لم يكن وقت القضاء حتى يظهر خطأ القاضى فيما قضى به، وما لم يظهر خطأ القاضى لا ينقض قضاءه -والله أعلم- .

الفصل السادس عشر
فى التوكيل يكون بين المأذون له والأجنبى والمولى
ويدخل فيه وكالة العبد المحجور

وهذا الفصل يشتمل على أنواع :

الأول منه : فى توكيل الأجنبى مولى المأذون بقبض دين له من عبده المأذون .

١٨٩٥٣- يجب أن يعلم بأن المولى لا يصلح وكيلا عن الأجنبى بقبض الدين له من عبده المأذون حتى لو أقر المولى أنه قبض الدين من عبده لا يصح إقراره ولا يبرأ العبد ، وكذلك لو قبض المولى الدين من المأذون بمعاينة الشهود لا يصح قبضه حتى لا يبرأ العبد ، وإنما لا يصلح المولى وكيلا بقبض الدين من عبده ؛ لأن الوكيل من يعمل لغيره ، أما من يعمل لنفسه لا يصلح وكيلا عن غيره .

ألا ترى أن المديون فى قبض الدين من نفسه لا يصلح وكيلا عن رب الدين ، وإنما لايصلح وكيلا ؛ لأنه فى قبض الدين يعمل لنفسه ؛ لأنه برئ نفسه عن الدين ، قلنا : والمولى بقبض الدين من عبده يعمل لنفسه ، فإنه يظهر عبده وملكه عن الدين .

وعن هذا قلنا : إن من مات وعليه دين فوكّل صاحب الدين بعض ورثة الميت بقبض دينه من التركة ، لا يصح ، وإنما لا يصح ؛ لأن الوارث فى قبض الدين من التركة يعمل لنفسه ؛ لأنه يستخلص التركة لنفسه ويظهرها عن الدين ، فكان عاملا لنفسه من هذا الوجه ، وهذا بخلاف العبد إذا توكّل عن أجنبى بقبض دين له من مولى العبد ، صح التوكيل ؛ لأن العبد فيما يقبض من الدين للأجنبى من مولاه عامل لصاحب الدين ، وليس بعامل لنفسه ؛ لأنه لا يبرئ نفسه عن الدين ولا ملكه ، فإن المولى ومال المولى غير مملوك للعبد ، فكأن العبد بقبض الدين من مولاه عاملا لصاحب الدين من كل وجه ، ولم يكن عاملا لنفسه فصلح وكيلا عنه ، وكان بمنزلة ما لو وكل صاحب الدين بعد موت

المديون عبدًا من التركة[١] بقبض دينه وذلك جائز ؛ لأنه فيما يقبض الدين يعمل لصاحب الدين لا لنفسه ؛ فإنه لا يبرئ نفسه ولا ملكه ، ولا يستخلص التركة عن الدين لنفسه ، فصلح وكيلا عنه ، وإذا لم يصلح المولى وكيلا للأجنبي بقبض الدين من عبده إذا أقر المولى بعد ذلك أنه قبض الدين من العبد ، لا يصح إقراره ، وإذا دفع العبد الدين إليه بمعاينة الشهود ، لا يصح دفعه حتى لا يبرأ العبد عن الدين فى الصورتين جميعًا ؛ لأن الوكالة لما لم تصح صار الحال بعد الوكالة كالحال قبلها ، وقبل الوكالة لو دفع العبد دين الأجنبى إلى مولاه بمعاينة الشهود ، لا يصح الدفع .

١٨٩٥٤- ولو أقر المولى أنه قبض من عبده الدين الذى كان عليه للأجنبى لم يصح إقراره ، كذا ههنا .

وإذا صلح العبد وكيلا عن الأجنبى بقبض دينه من مولاه لو دفع المولى بعد ذلك دين الأجنبى إلى العبد بمعاينة الشهود ، وبرئ المولى عن الدين .

وكذلك العبد لو أقر بعد ذلك أنه قبض الدين من الأجنبى وهلك فى يده ، صحّ إقراره ، وبرئ المولى عن دين الأجنبى ؛ لأن توكيل العبد بقبض دين الأجنبى من مولاه لما صحّ صار العبد فى ذلك والأجنبى سواء ، ولو وكّل صاحب الدين أجنبيًا بقبض الدين من المولى ، فدفع المولى الدين إليه ، أو أقر الوكيل أنه قبض الدين من المولى ، أليس أن المولى يبرأ عن الدين؟ كذا ههنا .

فإن قيل : كان يجب أن لا يصح إقرار العبد بقبض الدين من مولاه ؛ لأنه متهم فيما يقر لمولاه ، والوكالة لا تتصرف إلى موضع التهمة ؛ لأن مبناها على الأمانة ، فينفى عنها الخيانة ما أمكن ، ألا ترى أن العبد إذا كان وكيلا بالبيع من جهة الأجنبى فباع من مولاه لا يجوز ، وإنما لا يجوز لمكان التهمة .

قلنا : التهمة إنما تعتبر فى الوكالات حالة الإطلاق ، فأما حالة التنصيص فلا يعتبر بها كما فى الوكيل بالبيع ، فإن الأجنبى إذا وكل العبد ببيع عين من أعيانه مطلقًا ، فباع من مولاه لايجوز لمكان التهمة ، وإذا نصّ على البيع من مولاه فباعه من مولاه يجوز ، ولم يعتبر التهمة ، وههنا نص على التوكيل بقبض الدين من مولاه ، فلا تعتبر التهمة إلا أن

(١) هكذا فى ظ وف وم ، وكان فى الأصل "من عبيد الميت من التركة" .

العبد يستحلف على ما ذكر من القبض والهلاك؛ لأنه أمين ادّعى هلاك الأمانة، فيكون القول قوله مع اليمين كما لو كان الوكيل أجنبيًا، فإن حلف العبد برئ، وإن نكل لزمه المال في عتقه، فيباع فيه إلا أن يفديه المولى؛ لأن هذا دين لحقه بإذن المولى فيباع فيه إلا أن يفديه المولى -والله أعلم-.

نوع آخر:

١٨٩٥٥- المأذون إذا توكل عن غيره بشراء شيء إن وكل بالشراء بالنسيئة لا يجوز التوكيل قياسًا واستحسانًا، وإن توكل بالشراء بالنقد يجوز التوكيل استحسانًا، وإذا توكل عن غيره بالبيع يصح التوكيل قياسًا واستحسانًا حصل التوكيل بالنقد أو بالنسيئة.

والفرق أن التوكيل بالشراء بالنسيئة إنما لا يصح؛ لأن فيه معنى الكفالة؛ لما عرف أن الوكيل بالشراء في حق الحقوق بمنزلة المشتري لنفسه، ثم كالبائع من الموكل[1]، وفي حق ملك المشتري بمنزلة النائب عن الموكل كأن الموكل اشترى بنفسه، ولهذا لو كان المشتري قريب الوكيل لا يعتق، ولو كانت زوجة الوكيل لا يفسد النكاح، وإذا كان الوكيل في حق الملك نائبًا عن الموكل كان أصل الثمن واجبًا على الموكل، فالمأذون يلزم أداء ذلك من كسبه متى صح التوكيل من غير أن يستحق بإزاءه مالا للحال، وهذا هو معنى الكفالة أن يتحمل من غيره ضمانًا وجب على ذلك الغير من غير أن يستحق بإزاءه مالا للحال، والمأذون ليس من أهل الكفالة إلا إذا كانت بإذن المولى، ولم يكن على المأذون دين.

فأما التوكيل بالبيع: فليس فيه معنى الكفالة؛ لأن التوكيل بالبيع لا يتحمل ضمانًا وجب على الآمر؛ لأن لا يلزمه بالبيع إلا تسليم المبيع، وتسليم المبيع لا يلزمه بطريق التحمل عن الآمر؛ لأن تسليم المبيع ما وجب على الآمر، وإنما وجب على المأذون بحكم بيعه، ولهذا لا يطالب المولى بتسليم المبيع، وإذا لم يكن تسليم المبيع واجبًا على الآمر كيف يتحمله الوكيل عنه، فهو معنى قولنا: إنه ليس في التوكيل بالبيع معنى

---

(١) وفي الأصل "المولى" مكان "الموكل".

الكفالة بخلاف التوكيل بالشراء بالنسيئة على ما ذكرنا .

فإن قيل : التوكيل بالبيع متى صحّ يلزم الوكيل ضمانًا على الموكل فى الثانى ، فإنه إذا لحق المشترى درك ، فالمشترى يرجع بالثمن على المأذون ، والثمن عند الدرك واجب على الموكل ، فيصير المأذون متحملا عن الآمر ضمانًا من غير أن يلزمه شىء فى الحال .

قلنا : ذاك أمر موهوم عسى يلحق المشترى درك عسى لا يلحقه ، والموهومات غير معتبرة فى نظر الشرع ، وله أمثلة كثيرة .

١٨٩٥٦- ثم إذا[1] صحّ التوكيل بالبيع ، وباع المأذون ما وكّل ببيعه فقبل أن يقبض المشترى المبيع ، قبله الموكل انتقض البيع ، ولا سبيل للمشترى على أحد ، وإنما انتقض البيع ؛ لأن المبيع فات قبل القبض ، ولم يخلف بدلا ؛ لأن المبيع مضمون على الموكل بالثمن حتى لو هلك بعد بيع الوكيل قبل القبض يهلك بالثمن ، والثمن ملك الموكل ، وإذا كان المبيع مضمونًا على الموكل بالثمن لا يتصور أن يكون مضمونًا عليه بالقيمة وإن قبله المأذون ، وهو الوكيل بالبيع لا ينقض البيع ، هكذا ذكر فى الأصل ، وذكر ابن سماعة فى "نوادره" عن محمد رحمه الله : أن الوكيل بالبيع إذا أتلف المبيع قبل القبض ينتقض البيع ، وإذا أتلفه الموكل لا ينتقض البيع ، وجه ما ذكر ابن سماعة : أن الوكيل بائع ، وإتلاف البائع المبيع قبل القبض يوجب انتقاض البيع ، فأما الموكل ليس ببائع ، وإتلاف غير البائع المبيع قبل القبض لا يوجب انتقاض البيع .

وجه ما ذكر فى "الأصل" : أن البائع إذا أتلف المبيع قبل القبض إنما ينتقض البيع إذا كان الملك فى المبيع يتلقى من جهته بأن كان هو المالك ؛ لأن الملك فى المبيع إذا كان يتلقى من جهته كان المبيع مضمونًا عليه بالثمن ، وضمان الثمن ينافى ضمان القيمة ، وإن لم يجب عليه ضمان القيمة ، فقد فات المبيع من غير بدل ، فينقض البيع ، فإذا لم يكن الملك فى المبيع متلقى من جهة البائع ، بأن كان البائع وكيلا لا يكون البيع مضمونًا عليه بالثمن ؛ لأن الثمن مقابله ملك المبيع ، وإذا لم يكن عليه مضمونًا ، عليه القيمة[2] ، فالمبيع فات وأخلف بدلا ، فلا ينتقض البيع بخلاف الموكل إذا أتلفه ؛ لأن الملك متلقى من

---

(١) وكان فى الأصل "ثم اعلم إذا صحّ" .

(٢) هكذا فى ظ وم ، وكان فى الأصل وف : "بالقيمة" .

جهته، فيكون المبيع مضمونًا عليه بالثمن، ولايكون مضمونًا عليه بالقيمة.

ثم على رواية "الأصل": إذا لم ينتقض البيع بإتلاف المأذون المبيع قبل القبض، يقال لمولى المأذون: ادفع المأذون بالجناية، أو افده بقيمة المقتول، وأى ذلك ما اختار يتخير المشترى؛ لأنه تعين عليه موجب عقده، فإن اختار نقض العقد كان ما اختاره مولى المأذون للأمر، وإن اختار إمضاء العقد كان ما اختاره مولى المأذون له.

١٨٩٥٧- ولو كان المأذون باع جارية أو غلامًا من كسبه، وقتله قبل أن يقبض المشترى المبيع، فإن البيع ينتقض سواء كان على العبد دين أو لم يكن، فعلى رواية ابن سماعة: لا يحتاج إلى الفرق بين المأذون وبين الوكيل بالبيع إذا أتلف المبيع قبل قبض المشترى، فإن على رواية ابن سماعة: ينتقض البيع بقتل الوكيل المبيع قبل قبض المشترى كما ينتقض بقتل المأذون، وعلى رواية "الأصل": يحتاج إلى الفرق، فإن على رواية "الأصل": لا ينتقض البيع بإتلاف الوكيل المبيع قبل القبض، وينتقض بإتلاف المأذون، وكما أن الوكيل بالبيع يبيع ملك الغير، فالمأذون يبيع ملك المولى إن لم يكن عليه دين، ويبيع ملك الغرماء إن كان عليه دين.

والفرق أن فى الوكيل بالبيع المبيع فات إلى بدل وهو القيمة؛ لأن المبيع غير مضمون عليه بالثمن؛ لأن الملك غير متلقى من جهته؛ لأنه لا ملك للوكيل قبل البيع فى المبيع أصلا فجاز أن يكون مضمونًا عليه بالقيمة، فهو معنى قولنا: المبيع فات إلى بدل فلا ينتقض البيع، أما فى المأذون المبيع فات ولم يخلف بدلا؛ لأن المبيع مضمون على المأذون بالثمن؛ لأن ملك التصرف فيما يبيع المأذون من كسبه يستفاد من جهته؛ لأن له ملك التصرف فى كسبه إن لم يكن له ملك الرقبة، فكان المبيع مضمونًا عليه بالثمن فلا يكون مضمونًا عليه بالقيمة، فالمبيع فات ولم يخلف بدلا فينتقض البيع.

١٨٩٥٨- وإذا توكل العبد المأذون عن غيره ببيع عين فباع، ثم إن المولى حجد عليه، ثم إن المشترى وجد بالمشترى عيبًا، فالخصم هو العبد؛ لأن المشترى استحق الخصومة ببيع العبد[1]، فلا يبطل هذا الاستحقاق بحجر المولى، فإن ردّ عليه العبد ببينة، أو بإباء يمين أو بإقراره بالعيب، والعيب لا يحدث مثله بيع المردود فى الثمن، هكذا ذكر

(١) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى ف وم "مع العبد" مكان "ببيع العبد".

في الكتاب، وقال فيما إذا ردّ عليه وهو مأذون: إن المطالب يطالب المأذون بإيفاء الثمن، ثم المأذون يردّ العبد المردود على الموكل، ويرجع عليه بالثمن.

وكذلك قال في الوكيل بالبيع: إذا كان حرًا، وردّ المشترى العبد عليه بهذه الأسباب، فإن المشترى يطالب الوكيل بإيفاء الثمن، ثم يردّ الوكيل العبد على موكله، ويرجع عليه بالثمن، وفي المحجور قال: يباع العبد المردود، ولم يقل: يطالب المحجور بالثمن، ثم المحجور يرجع على الموكل، إنما فعل هكذا؛ لأن المحجور مفلس ليس في يده شيء، فكيف يطالب بأداء الثمن مع عجزه عنه، فأما المأذون لا يكون مفلسًا على ما عليه الظاهر، بل يكون في يده شيء من الكسب وكذا الحر، فكان قادرًا على أداء الثمن، فجاز أن يطالب به حتى لو علم أن المأذون أو الحر مفلس ليس في يده شيء، لا يطالب بأداء الثمن، بل يطالب ببيع العبد المردود.

ثم إذا بيع العبد المردود، يقضي من ثمنه ثمن المشترى، فإن نقص ثمنه الثاني عن الثمن الأول، هل يباع بذلك رقبة المحجور؟ ينظر إن كان الموكل موسرًا لا يباع، ولكن يقال للمحجور: راجع بما بقي على الموكل وادفعه إلى المشترى، وإن كان الموكل معسرًا يباع رقبة المحجور؛ لأنه تعذر إيفاء الدين موضع آخر، فيوفي من رقبة المحجور، ويكون ثمن المحجور بين المشترى وبين غرماءه بالحصص، فلا بقي شيء من حق المشترى فإنه يرجع بما بقي على موكل العبد؛ لأنه حجر الوكيل عن إيفاء الباقي، فكان له الرجوع على موكله؛ لأنه عمل له، وكذلك يرجع غرماء المحجور على الموكل بما أخذ المشترى من ثمن المحجور؛ لأن الموكل بذلك القدر صار مديون المحجور؛ لأن المحجور أدّى دينه من رقبته بذلك القدر، والغرماء المحجور الرجوع بدينه؛ لأن ذلك كسب المحجور -والله أعلم-.

نوع آخر:

١٨٩٥٩- العبد المحجور إذا توكل عن غيره ببيع عين من أعيان ماله فذلك جائز، وإذا باع جاز بيعه، وكان الثمن للآمر إلا أن العهدة لا تلزم العبد؛ لأن في إيجاب العهدة على العبد ضرر للمولى؛ لأنه يتشاغل بسببه عن خدمة المولى متى خوصم، وإذا ردّ عليه

بالعيب يتعلق الثمن برقبته فيتضرر به المولى، والعبد محجور عما يتصور به المولى.

أما لا ضرر للمولى فى التوكيل، بل له فيه منفعة من حيث إن العبد يصير مهتديًا فى التصرفات، فصحّ التوكيل ولم يلحقه العهدة، والعهدة على الآمر، ألا ترى أن الوكيل بالبيع لو كان حرًا بالغا فباع ثم غاب عنه غيبة منقطعة أو جنّ، أو ارتد عن الإسلام وجبت العهدة على الآمر، فكذا ههنا، فإن عتق العبد رجعت العهدة إليه؛ لأن سبب لزوم العهدة وجد من العبد، لكن تعذر إيجابها عليه لحق المولى، فإذا زال حق المولى، لزمه العهدة بسببها، وكان كالوكيل بالبيع إذا أعاد من الغيبة أو أفاق، فإنه يلزمه العهدة، وطريقه ما قلنا.

١٨٩٦٠- ولو أن العبد لم يعتق حتى وجد المشترى بالمتاع عيبًا، فالخصم فى ذلك مولى المتاع لا العبد، فإن أقام المشترى البينة على العيب، ردّه على الآمر، وأخذ الثمن من الآمر، وإن لم يكن له بينة استحلف الآمر على علمه بالله ما يعلم أن عبده فلان الفلانى باعه وما به هذا العيب، فإن حلف برئ عن هذه الدعوى، وإن نكل ردّ عليه العبد، وأخذ منه الثمن، ولو طعن المشترى بعيب بالمتاع، ولكن لم يقم البينة على العيب حتى عتق العبد، فالخصم هو العبد، يقيم المشترى البينة على العبد، ويحلف العبد إن لم يكن له بينة، وإن كان المشترى أقام البينة على الآمر قبل عتق العبد، فلم يقض القاضى بها حتى عتق العبد، فالخصم هو العبد، وقضى القاضى على العبد بتلك البينة، ولا يكلف المشترى إعادة البينة على العبد بعد العتق؛ لأن البينة قامت على من هو خصم، فلا يحتاج إلى إعادتها، وإن تحولنا لخصومة إلى غيره، وصار كبينة قامت على وصى الصغير، ثم بلغ الصغير لا يحتاج إلى إعادتها، وكبينة قامت على المورث لا يحتاج إلى إعادتها على الوارث للقضاء على الوارث، كذا ههنا.

وكذلك إذا أقام المشترى شاهدًا واحدًا على الآمر قبل عتق العبد ثم عتق العبد يقيم المشترى شاهدًا آخر على العبد، ولا يكلف إعادة الشاهد الأول على العبد، ثم إذا أنقض القاضى العقد بالعيب ينظر إن كان الآمر هو الذى قبض الثمن من المشترى فالمشترى يأخذ الثمن من الآمر، ولا يطالب العبد بشيء، وإن كان العبد هو الذى أخذ الثمن من الآمر، فالمشترى يأخذ الثمن من العبد؛ لأن وجوب ردّ الثمن بحكم القبض،

فإنما يجب على من وجد منه القبض، فإن كان الثمن قد هلك فى يد العبد ورجع عليه المشترى بالثمن رجع العبد به على الآمر؛ لأن العبد فى القبض كان عاملا للآمر، فإذا لحقه من ذلك ضمان كان له أن يرجع بذلك على الآمر كما فى المودع -والله أعلم- .

نوع آخر:

١٨٩٦١- قال: المأذون إذا وكل المولى بالخصومة مع الأجنبى جاز سواء كان العبد مدّعيا أو مدّعى عليه، فرق بين هذا وبينما إذا وكّل الأجنبى مولى المأذون حتى يخاصم مع المأذون، فإنه لا يصح التوكيل حتى لو أقر الوكيل على موكله لا يصح إقراره، سواء كان العبد مدّعيًا أو مدّعى عليه، فالمولى يصلح وكيلا عن عبده، ولا يصلح وكيلا عن الأجنبى على عبده.

١٨٩٦٢- وإنما لا يصلح المولى وكيلا عن الأجنبى لوجوه:

أحدها: أن توكيل الأجنبى مولى العبد بالخصومة يؤدّى إلى التضاد، والوكالة متى أدّت إلى التضاد بطلت كما لو وكّل وكيلا بأن يبيع، أو يشترى من نفسه، أو يوكل الغريم بقبض ما عليه من الدين، وإنما قلنا: بأنه يؤدّى إلى التضاد، أما إذا كان الأجنبى مدّعيًا والعبد مدّعى عليه فلأن الدعوى من المدّعى على العبد دعوى على المولى من حيث المعنى؛ لأن ما يستحق على العبد يكون مستحقًا على المولى، فصار المولى مدّعى عليه من حيث المعنى بالدعوى على العبد، ولو كان المولى مدّعى عليه من حيث الحقيقة، بأن ادّعى على المولى ما ادّعاه على العبد، ثم إن المدّعى وكّل المدّعى عليه قبله حتى يخاصم من جهته مع نفسه كان التوكيل باطلا؛ لأنه يؤدّى إلى التضاد، فإنه يؤدّى إلى أن يصير الواحد مدّعيًا ومدّعى عليه، ومخاصمًا فى وقت واحد، وفيه تضاد، فلم يصلح أن يكون وكيل المدّعى بالخصومة مع عبده لهذا.

والثانى: أن توكيل المدّعى المولى بالخصومة مع عبده لو صحّ أدّى إلى أن يصير المولى وكيل الأجنبى فى قبض مال مضمون للأجنبى قبل عبده؛ لأن التوكيل بالخصومة من المدّعى ينتظم التوكيل بالقبض؛ لأن التوكيل بالشىء توكيل به فيما لا يتم ذلك الشىء إلا به، والخصومة لا تتم إلا بالقبض، والمولى لا يصلح وكيل الأجنبى فى قبض مال

مضمون على عبده ؛ لأنه يبرئ عبده بقبض ذلك ، وإبراء عبده ، وما يحصل بإبراء العبد يحصل للمولى كإبراءه لنفسه ، ولا يصلح وكيلا بالقبض من نفسه ؛ لما فيه من براءة نفسه ، فكذلك هذا .

وأما إذا كان الأجنبى مدعى عليه والعبد مدّعيًا ؛ لأن دعوى العبد بمنزلة دعوى المولى من حيث المعنى ؛ لأن ما يستحقه العبد يكون للمولى فيكون دعوى العبد كدعوى المولى من حيث المعنى ، ولو كان المولى مدّعيًا من حيث الحقيقة على هذا الحر الأجنبى ، فوكله الحر حتى يخاصم من جهته مع نفسه لم يصح ؛ لأنه يؤدى إلى التضاد ، فكذلك هذا .

والثالث : أنه متى صح توكيل المولى بما يقر على الأجنبى بما ادعاه العبد فيصير كالمقر لنفسه ، والمقر لنفسه عامل لنفسه ، والعامل لنفسه لا يصلح وكيلا ، فإنما لم يصلح المولى أن يكون وكيل الأجنبى فى الخصومة مع عبده سواء كان الأجنبى مدّعيًا أو مدعى عليه لهذا ، وإنما يصلح المولى وكيلا عن عبده بالخصومة مع الأجنبى سواء كان العبد مدّعيًا أو مدعى عليه .

أما إذا كان العبد مدّعيًا ، أما على المعنى الأول ؛ لأنه يؤدى[1] إلى التضاد ؛ لأن المولى إن صار مدّعيًا على الأجنبى بدعوى العبد من حيث المعنى لا يصير مدّعيًا عليه بدعوى العبد على الأجنبى ؛ لأن ما يستحق على الأجنبى لا يكون مستحقًا على المولى ، وإذا لم يصر مدعى عليه بدعوى العبد على الأجنبى ؛ لأن ما يستحق لا يكون مستحقًا على المولى ، وإذا لم يصر مدعى عليه بدعوى العبد على الأجنبى ، لا من حيث المعنى ، ولا من حيث الحقيقة متى توكل المولى من جهة العبد كان المدعى هو المولى ، والمدعى عليه إنما هو الحر الأجنبى فلا يؤدى إلى التضاد .

وأما على المعنى الثانى : فلأنه متى صحّ التوكيل لا يصير وكيلا بقبض مال مضمون للأجنبى قبل عبده ، وإنما يصير وكيلا بقبض مال مضمون على الأجنبى للعبد ، وهذا جائز أيضًا .

وأما إذا كان العبد مدعى عليه والأجنبى مدّعيًا ، إن صار المولى مدعى عليه

(١) هكذا فى الأصل وظ ، وكان فى ف وم : "لا يؤدى" .

بدعوى الأجنبي من حيث المعنى على العبد لا يصير مدّعيًا من حيث المعنى بدعوى الأجنبي؛ لأن ما يستحقه الأجنبي لا يكون للمولى، وإذا لم يصر مدّعيًا من حيث المعنى كان المدعي من حيث الحقيقة والمعنى الأجنبي، والمولى مدعى عليه، فلا يؤدي إلى التضاد، ويصلح وكيلا عن عبده في الحالين.

وأما على المعنى الثالث فلأنه متى أقر على موكله كان مقرًا على عبده، وإقراره على عبده كإقراره على نفسه -والله أعلم-.

الفصل السابع عشر
فى الرد بالعيب على المأذون، والخصومة معه فى ذلك

١٨٩٦٣- قال محمد رحمه الله : إذا باع العبد المأذون عينًا من كسبه فطعن المشترى بعيبه[1] بعد ما قبضه، والعيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله، وخاصم المأذون فى ذلك فقبله بغير قضاء قاضٍ بلا يمين ولا بينة على العيب، فقبوله جائز، والبيع منتقض؛ لأن الرد بالتراضى فسخ فى حق الراد والمردود عليه شراء جديد فى حق الثالث، وأى ذلك ما اعتبر يصح من المأذون، أما الشراء فظاهر، وأما الفسخ فلأن الفسخ تجارة، وما جاء من المأذون، فالمأذون فى ذلك بمنزلة الحرّ، وإن لم يقبل حتى ردّ عليه بقضاء قاضٍ إما ببينة أو بإباء يمين، أو بإقرار منه بالعيب كان جائزًا؛ لأن الرد بقضاء قاضٍ فسخ من كل وجه، والفسخ من المأذون جائز.

قال: ولو أن عبدًا مأذونًا له باع من رجل جارية، وقبضها منه المشترى، فوجد بها عيبًا، فخاصم العبد فيه إلى القاضى، وأقام البينة أن العيب كان عند المأذون، فردّ القاضى الجارية على المأذون، وأخذ منه الثمن، ثم إن العبد بعد ذلك وجد بالجارية عيبًا آخر قد كان عند المشترى، ولم يعلم به العبد وقت الردّ، ولا علم القاضى بذلك، فالمأذون بالخيار إن شاء نقض بعد ذلك البيع[2] وردّ الجارية على المشترى وأخذ منه الثمن إلا حصة مقدار العيب الذى كان عند المأذون، وإن شاء أجاز الفسخ وأمسك الجارية، ولم يرجع على المشترى بنقصان العيب الذى كان عند المشترى[3] بقليل ولا كثير، وذلك لأن البائع فى الفسخ الجائز فى بيع العرض بالدراهم ينزل منزلة المشترى فى الشراء الجائز، والمشترى لو اشترى شيئًا شراء جائزًا، فوجد به عيبًا كان عند البائع، كان

---

(١) فى الأصل "بعينه".

(٢) وكان فى م "الفسخ" مكان "البيع".

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "المأذون".

المشترى بالخيار إن شاء، أجاز الشراء، وأخذ المشترى[1]، ولم يرجع على البائع بنقصان العيب، وإن شاء، فسخ الشراء، واستردّ جميع الثمن من البائع إن كان نقد الثمن، فكذا البائع فى الفسخ الجائز متى وجد بالجارية عيبًا كان حدث عند المشترى، ولم يكن عنده ينخبر[2]، فإن شاء أجاز الفسخ، وأمسك الجارية، ولم يرجع على المشترى بشيء من نقصان العيب الذى حدث عند المشترى، وإن شاء نقض الفسخ وردّ الجارية، وأخذ الثمن من المشترى إلا مقدار حصة العيب؛ لأنه لو أخذ جميع الثمن من المشترى كان للمشترى أن يرجع عليه، فيأخذ منه مقدار نقصان العيب الذى كان حدث عند المأذون؛ لأن المأذون لما نقض الردّ، وردّ الجارية، صار وجود الفسخ وعدمه بمنزلة، فصارت مسألتنا فى الحاصل رجل اشترى من المأذون جارية، فوجد بها عيبًا كان عند المأذون، وكان حدث عنده عيب آخر حتى تعذر الردّ كان له أن يرجع بنقصان العيب الحادث عند المأذون، فكذلك هذا، فإن أراد المأذون ردّ الجارية على المشترى بالعيب الذى حدث عند المشترى، ولم يردّها عليه حتى حدث بها عيب عنده لم يكن له أن يردّها على المشترى، ولكنه يرجع بنقصان العيب الذى حدث عند المشترى من الثمن الذى أخذ منه المشترى إلا أن يشاء المشترى أن يأخذها معيبة بالعيب الذى حدث عند المأذون، وهذا لما ذكرنا أن البائع فى الفسخ الجائز فى بيع العرض بالدراهم نزل منزلة المشترى فى الشراء الجائز، والمشترى لو اشترى شيئًا شراء جائزًا، فوجد به عيبًا كان عند البائع، فلم يردّها على البائع حتى حدث عنده عيب آخر لم يكن له أن يردّها على البائع، ولكن يرجع على البائع بنقصان العيب كان عند البائع إلا أن يشاء البائع أن يأخذها معيبة بالعيب الذى كان حدث عند المشترى، فكذا البائع عند الفسخ.

فإن قيل: هذا هكذا إذا كان الفسخ جائزًا، فأما إذا كان فاسدًا وقد حدث عند المشترى عيب آخر كان له الردّ على المشترى إلا أنه يضمن نقصان العيب الذى حدث عند المشترى كما فى الشراء الفاسد، وههنا الفسخ فاسد؛ لأنه ظهر أن القاضى قضى بالرد على المأذون مع عيب آخر حدث عند المشترى، وليس للقاضى الردّ على البائع إذا حدث

---

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "إن شاء أخذ الشراء، وأجاز المشترى".

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف "يتخيّر".

عند المشترى عيب آخر، فقد ظهر أن قضاء القاضى بالفسخ كان فاسداً، فكان هذا عيباً حدث عند المأذون فى فسخ فاسد، فكان له الردّ كما ذكر بعد هذا أن القاضى إذا قضى بالرد على البائع بالعيب الذى حدث كان عند البائع وكانت فيه زيادة منفصلة لم يعلم به القاضى، ثم اطلع البائع على عيب آخر كان حدث عند المشترى كان له الردّ.

فلو لم يردّ على المشترى حتى حدث عند البائع عيب آخر، وقد علم بالعيب الذى كان عند المشترى ذكر أن للبائع أن يردّ الجارية على المشترى إذا علم بعد ذلك، وإن حدث عند البائع عيب آخر إلا أنه يضمن نقصان العيب الذى حدث عند المشترى؛ لأنه ظهر أن الفسخ كان فاسداً، فإن الفسخ مع الزيادة المنفصلة فاسد، فحدوث عيب آخر عند المأذون لم يمنعه من الردّ، فكذلك هذا إلا أن الجواب عنه أن هذا هكذا إذا كان الفسخ فاسداً، كما فى المسألة التى استشهد بها، وههنا الفسخ لم يقع فاسداً، وهذا لأن قضاء القاضى بالفسوخ، والعقود فى موضع أطلق له الشرع القضاء بما ينزل[1] منزلة اتفاق الخصمين، وتراضيهما على ذلك صيانة للقضاء عن الفساد، فما يجوز بتراضى الخصمين، وباتفاقهما جاز بقضاء القاضى، وما لا فلا، والخصمان لو تراضيا على الفسخ مع الزيادة المنفصلة كان الفسخ فاسداً، فكذا إذا قضى به القاضى.

والبائع فى الفسخ الفاسد كالمشترى فى الشراء الفاسد، والمشترى شراء فاسداً إذا قبض الجارية، وحدث عنده عيب آخر كان له الردّ، ويضمن نقصان العيب للبائع، فكذلك هذا، وفى مسألتنا يجعل قضاء القاضى بالردّ على البائع، وقد حدث فى الجارية عيب آخر عند المشترى بمنزلة تراضى الخصمين، واتفاقهما على الفسخ إلا أنهما لو تراضيا على الفسخ مع علم البائع بعيب آخر حدث عند المشترى كان الفسخ جائزاً؛ لأن الفسخ بسبب عيب آخر امتنع لحق البائع لا لأجل الربا، فإذا رضى بذلك كان الفسخ جائزاً، فكذا إذا قضى به القاضى، وإذا جاز الفسخ من القاضى، فإذا حدث عند المأذون عيب آخر لا يكون له الردّ، وإنما له الرجوع بنقصان العيب إلا أن يشاء المشترى أن يأخذها معيبة مع العيب الذى حدث عند المأذون، فإن رضى المشترى أن يأخذ الجارية معيبة بالعيب الذى كان عند المأذون، فإنه يردّ المأذون الثمن على المشترى إلا حصة

---

(١) وكان فى ظ "أطلق له الشرع القضاء بها ينزل منزلة اتفاق الخصمين".

نقصان العيب الذى كان عند المأذون ؛ لأن المشترى لما أخذ منه الجارية معيبة بالعيب الذى حدث عند المأذون انتقض الفسخ ، وإذا انتقض الفسخ صار وجوده وعدمه بمنزلة ، فعاد الأمر إلى ما كان قبل الإقالة ، وقبل الإقالة لو وجد المشترى بالجارية عيبًا ، فلم يردّ حتى حدث عنده عيب آخر ، كان له أن يرجع على البائع بنقصان العيب الذى كان عند البائع ، فكذلك هذا ، ولا يرجع عليه بنقصان العيب الآخر الذى حدث عند المأذون بقليل ولا كثير ؛ لأنه رضى بهذا العيب الآخر لما أخذ الجارية من المأذون ، وهو عالم بهذا العيب -والله أعلم- .

الفصل الثامن عشر
فى الشهادة على العبد المأذون له والمحجور والصبى والمعتوة

١٨٩٦٤- وإذا شهد شاهدان على عبد مأذون بغصب اغتصبه، أو بوديعة استهلكها، أو جحدها، أو شهدوا عليه بإقراره بذلك، أو شهدوا عليه ببيع، أو شراء، وإجارة، وأنكر العبد ذلك، ومولاه غائب قبلت الشهادة على العبد، وقضى القاضى عليه بذلك؛ لأن هذه شهادة قامت على خصم؛ لأنها قامت على ضمان التجارة؛ لأن ما يجب بالأسباب التى شهد بها الشهود ضمان التجارة والخصم فى ضمان التجارة المأذون، ولو كان مكان العبد المأذون عبدًا محجورًا عليه، وشهد شاهدان باستهلاك مال، أو بغصب اغتصبه حال غيبة المولى لا تقبل شهادتهما، ولا يقضى على العبد بشىء.

قالوا: معنى المسألة أن الشهادة لا تقبل فى حكم يرجع إلى المولى، وهو بيع رقبة العبد، أما تقبل فى حق حكم يرجع إلى العبد حتى يؤاخذ به بعد العتق، وكما يشترط حضرة المولى ههنا يشترط حضرة العبد؛ لأن المدّعى عليه قبله، والمستحق به دين فى ذمته، فأما الوديعة وما أشبهها، فلا يقضى عليه بها حتى يعتق عند أبى حنيفة رحمه الله، وإن كان الشاهدان شهدا على المحجور بإقراره بذلك، والمولى حاضر، أو غائب لم يقض عليه بشىء من ذلك حتى يعتق، فإذا عتق لزمه ما شهدوا به.

١٨٩٦٥- ولو شهدوا عليه بقتل رجل عمدًا، أو قذف، أو زنى، أو شرب خمر والعبد جاحد لم تقبل هذه الشهادة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله حال غيبة المولى.

وعند أبى يوسف رحمه الله: تقبل ولو شهدوا على إقرار العبد بهذه الأشياء حال غيبة المولى، ففيما يعمل فيه الرجوع عن الإقرار لا تقبل هذه الشهادة، وفيما لا يعمل فيه الرجوع عن الإقرار كالقصاص وحد القذف يقبل.

والصبي الذي أذن له أبوه في التجارة أو وصي أبيه بمنزلة العبد المأذون تسمع عليه البينة فيما كان من ضمان التجارة وإن كان الآذن غائبًا، وكذلك الجواب في المعتوة المأذون.

١٨٩٦٦ - ولو شهدوا على صبي مأذون أو معتوة مأذون بقتل عمد، أو قذف، أو شرب خمر، أو زنى، ففي القذف وشرب الخمر والزنا قال: لا تقبل شهادتهم، ويقضى بالدية على العاقلة، وإن كان غائبًا لا تقبل، وإن كان الشهود شهدوا على إقرار الصبي أو المعتوة ببعض الأشياء التي ذكرنا لا تقبل الشهادة، سواء كان الآذن حاضرًا أو غائبًا.

ولو شهدوا على العبد المأذون بسرقة عشرة دراهم أو أكثر وهو يجحد فإن كان مولاه حاضرًا قطع عندهم جميعًا، وإن كان غائبًا ضمن السرقة، ولم يقطع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

ولو شهدوا على إقراره بسرقة عشرة دراهم أو أكثر والعبد يجحد، قضى القاضي عليه بالضمان، ولا يقطعه وإن كان المولى حاضرًا؛ لأن الرجوع عن الإقرار عامل في حق العقوبة[1]، فكانت هذه شهادة بالمال، ولو كان العبد محجورًا عليه، وشهد الشهود بسرقة عشرة دراهم أو أكثر والمولى غائب، لا تقبل الشهادة، ولا يقضى عليه لا بالقطع ولا بالمال عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ولو شهدوا على إقراره بذلك، فالقاضي لا يقبل هذه البينة، ولا يقضى عليه بالقطع ولا بالمال، وإن كان المولى حاضرًا، يريد بقوله: لا يقضى عليه بالمال في حق المولى لا تباع رقبته فيه، أما يؤاخذ العبد به بعد العتق، ولو شهدوا على صبي مأذون أو معتوه مأذون بسرقة عشرة دراهم، قضى عليه بالضمان وإن كان الآذن غائبًا؛ لأن جهة السرقة في حقهما كجهة الغصب إذ لا عقوبة عليهما -والله أعلم بالصواب- .

(١) هكذا في ظ وف، وكان في م "المعقود به"، وكان في الأصل "العقود".

الفصل التاسع عشر
فى البيع الفاسد من العبد المأذون له

١٨٩٦٧- قال أبو حنيفة وصاحباه رحمهم الله : إذا أذن الرجل لعبده فى التجارة، فباع جارية أو غلامًا أو متاعًا، أو غير ذلك بيعًا فاسدًا وقبض المشترى ، فأعتق الجارية أو الغلام، أو باع ذلك كله، فذلك جائز منه يعنى من المشترى، وعليه القيمة فى ذلك كله ؛ لأن البيع الفاسد داخل تحت الإذن فى التجارة؛ لأن البيع الفاسد تجارة لأنه تمليك مال بمال كالبيع الجائز، وما دخل تحت الإذن، فالمأذون فى ذلك بمنزلة الحرّ، والحرّ لو باع غلامًا أو جارية بيعًا فاسدًا، أو دفعه إلى المشترى، ثم أعتقه المشترى، أو باعه، جاز ذلك منه، وضمن القيمة للبائع، فكذا إذا كان البائع عبدًا مأذونًا فى التجارة، وكذلك ما إذا اشترى العبد من جارية أو غلام أو متاع شراء فاسدًا، فقبضه، فباعه من غيره، جاز ؛ لما ذكرنا أن العبد المأذون فيما دخل تحت الإذن بمنزلة الحرّ، والحر لو اشترى شراء فاسدًا، وقبضه وباعه جاز بيعه، وضمن القيمة للبائع، فكذا إذا كان المشترى شراء فاسدًا عبدًا مأذونًا له فى التجارة.

١٨٩٦٨- قال : وإذا اشترى العبد المأذون جارية أو غلامًا بيعًا فاسدًا، وقبضه فأغلّ الغلام أو الجارية عند المأذون غلة بأن آجر العبد نفسه، أو وهب له هبة فقبلها، هل يسلم الغلة للمأذون؟ قال: إن تقرر ملك المأذون فى العبد والجارية بأن باع من غيره، أو هلك عنده حتى ضمن القيمة للبائع، فإن الغلة تسلم للمأذون، وإن لم يتقرر ملك الغلام والجارية عنده، فإن ردّ العبد والجارية على البائع، ذكر أنه يردّ الغلة على البائع ؛ لما ذكرنا أن المأذون فيما يدخل تحت الإذن بمنزلة الحرّ، والحرّ لو اشترى عبدًا أو جارية شراء فاسدًا، وقد أغلّ الغلام أو الجارية عند المشترى غلة كان الجواب على هذا التفصيل، فكذا إذا كان المشترى شراء فاسدًا هو المأذون.

من مشايخنا من قال: ما ذكر فى الكتاب أنه إن ردّ المأذون الجارية أو الغلام على البائع يردّ الغلة على البائع على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، وأما على قول

أبى حنيفة رحمه الله : يسلم الغلة للمأذون، ولا يردّها على البائع .

وجعلوا هذه المسألة فرعًا لمسألتين اختلفوا فيهما : إحداهما : أن رجلا لو اشترى عبدًا أو جارية شراء صحيحًا، فقبل أن يقبضه[١] أغلّ عند البائع غلة، ثم مات العبد أو الجارية في يد البائع حتى انفسخ البيع أو وجد المشترى به عيبًا قبل القبض فردّه على البائع ذكر أن على قول أبى حنيفة رحمه الله يسلم الكسب للمشترى، وعلى قولهما : يكون الكسب للبائع .

١٨٩٦٩- والمسألة الثانية : وهو أنه إذا تزوج امرأة على خادم، فقبل أن تقبضه المرأة أغل عند الزوج غلة، ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : لا يتنصف الكسب ويكون الكسب كله للمرأة، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله : يتنصف الكسب مع الخادم، فالأصل عندهما أن الكسب متى حدث قبل تقرر الملك فى الأصل، فإنه يدور أينما دار الأصل، وعند أبى حنيفة رحمه الله : لا يدور أينما دار الأصل، ويكون لمن كان له فى الأصل وقت الكسب، ولا يدور أينما دار الأصل، وههنا الكسب قبل تقرر الملك للمشترى فى الأصل ؛ لأن ملك المشترى فى الأصل غير متقرر بسبب الفساد، فكان بمنزلة ما لو كان مكانه بيعًا جائزًا[٢]، وقد أغلّ المشترى قبل القبض غلة، وفى تلك المسألة خلاف، فكذا ههنا، فهذا القائل لا يحتاج إلى الفرق لأبى حنيفة رحمه الله بين هذه المسألة وبين المسألتين اللتين ذكرنا، ومنهم من قال : لا، بل ما ذكر فى المأذون قولهم جميعًا وهو الظاهر، فإنه لم يحكِ[٣] فيه خلافًا، فهذا القائل يحتاج إلى الفرق لأبى حنيفة رحمه الله بين المسألة المأذون .

١٨٩٧٠- ووجه الفرق لأبى حنيفة رحمه الله : أن فى المسألة المأذون حين حدث الكسب، فللبائع فى الأصل حق مستحق، وهو حق الاسترداد بسبب الفساد، فسرى الاسترداد إلى الكسب كما سرى إلى الوالد، وإذا سرى حق الاسترداد إلى الكسب كان للبائع استرداد الكسب كما كان له استرداد الأصل بخلاف مسألة النكاح والبيع، وذلك

---

(١) وكان فى الأصل "أن يعتقه".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "فاسدًا".

(٣) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم "لم يجد".

لأنه حين حدث الكسب فى يد البائع والزوج، لم يكن للبائع ولا للزوج فى الأصل حق مستحق وهو حق الاسترداد، فإنه ليس للبائع حق استرداد الأصل فى البيع الجائز وفى النكاح، حتى يسرى ماله من الحق فى الأصل إلى الكسب، فلم يكن له أخذ الكسب.

فإن قيل: ما للبائع من حق استرداد الأصل لو يسرى إلى الكسب كما يسرى إلى الولد لكان للبائع استرداد الكسب، تقرر ملك المشترى فى الأصل أم لم يتقرر كما فى الولد، فإن للبائع فى البيع الفاسد استرداد الولد تقرر ملك المشترى فى الأصل بأن تعذر الفسخ، أو لم يتقرر، وقد قال ههنا: إن البائع لا يكون له استرداد الكسب متى تقرر ملك المشترى فى الأصل، علمنا أن ما للبائع من الحق فى الأصل لا يسرى إلى الكسب.

قلنا: ما للبائع من الحق فى الأصل يسرى إلى الكسب من وجه، ولا يسرى من وجه من حيث الحكم، فمن حيث إن الكسب متولد من المنفعة لا من العين، والمنفعة غير العين من حيث الحكم حتى كان منافع الحر مالا، ولم يكن عين الحرّ مالا، فالحق الثابت فى العين لايسرى إلى الكسب بهذا الاعتبار، ومن حيث إن قيام المنفعة بالعين، وحادث من العين كان كالولد، فالحق الثابت فى الأصل يسرى إلى الكسب، فيسرى الحق الثابت فى الأصل إلى الكسب من وجه دون وجه، وإذا سرى الحق الثابت فى الأصل إلى الكسب من وجه، ولم يسر من وجه، قلنا: بالسراية متى لم يتقرر ملك المشترى فى الأصل، ولم نقل: بالسراية متى تقرر ملكه فى الأصل توفيراً على الأمرين حظهما بقدر الإمكان بخلاف الولد، فإن الولد يتولد من العين حقيقة وحكمًا، حتى كان الولد حادثًا على صفة الأصل، فالحق الثابت فى العين يسرى إلى الولد من كل وجه، وإذا سرى من كل وجه كان للبائع استرداد الولد سواء تقرر ملك المشترى فى الأصل أو لم يتقرر؛ لتظهر مزية الولد على الكسب، ولتظهر نقصان رتبة الكسب عن رتبة الولد، إلا أنه متى تقرر الملك فى الأصل حتى سلّم الكسب للمأذون، فإن المأذون لا يتصدق بالكسب، فإن استفاد هذا الكسب من أصل حقه بخلاف ما لو كان المشترى حرًا وتقرر ملكه وسلّم له الكسب بعد ردّ الأصل، فإنه يلزمه التصدق بالكسب فيما بينه وبين ربه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وإن حصل فى ملكه وضمانه؛ لأنه استفاده من أصل خبيث، فإن الملك فى الأصل ملك خبيث؛ لأنه فاسد، فأوجب خبث الأصل خبثًا فى الكسب.

وعند أبى يوسف رحمه الله لا يتصدق على قياس مسألة المودع، إذا تصرف فى الوديعة فربح، وهذا لأن الحرّ من أهل التصدق، والعبد ليس من أهل التصدق، فأما إذا ردّ الأصل وردّ الغلة مع الأصل إلى البائع، هل يتصدق البائع بالكسب؟ وإن كان البائع حرًا، فإنه يتصدق بالكسب عندهم جميعًا؛ لأن الكسب زيادة حصلت لبائع فى حال ما لم يكن له فى الأصل ملك ولا ضمان، ولا بد لطيب[1] الربح من الضمان والملك عندهم جميعًا، فيتصدق البائع بالكسب إن كان حرًا.

وإن كان عبدًا مأذونًا، لا يتصدق بذلك؛ لما ذكرنا أنه إن كان عليه دين يقضى من ذلك دين الغرماء طاب للغرماء ذلك؛ لأن الغرماء إنما أخذوا الكسب عوضًا عن دينهم، فكأنهم اشتروا ذلك الكسب من المأذون، ومن اشترى هذا الكسب من المأذون فإنه يطيب له ذلك، ولا يتصدق به كالمشترى شراء جائزًا من المشترى شراء فاسدًا يطيب له ما اشترى، ولا يلزمه التصدق، فكذلك هذا، وإن لم يكن عليه دين، وأخذه المولى قال: أحب إلى أن يتصدق بها، وذلك لأن بيع المأذون وشراءه إذا لم يكن عليه دين بمنزلة بيع المولى وشراءه كما جعل إذن العبد لعبده كإذن المولى إذا لم يكن عليه دين، ولو كان المولى هو البائع لا شك أنه يتصدق بالغلة، فكذلك هذا إلا أن المولى لو كان هو البائع، فإنه يلزمه التصدق بالغلة، ومتى كان المأذون هو البائع قال: يستحب[2] للمولى التصدق.

ووجه الفرق بينهما وهو أن المولى متى كان هو البائع، فالبيع وجد منه من كل وجه حقيقة وحكمًا، فلزمه التصدق بالغلة؛ لأن الغلة حين حصلت لم يكن له ملك ولا ضمان، فأما ههنا فالبيع وجد من المولى من وجه دون وجه من حيث إن العبد تمكن من بيعه بإذن المولى، والمولى يملك بيعه كان بيع المولى المأذون كبيع المولى من حيث الحكم، ومن حيث إن المأذون يتصرف لنفسه، وليس بنائب عن المولى لا يكون بيعه كبيع المولى، فكان المولى ببيع المأذون إذا لم يكن عليه دين بائعًا من وجه دون وجه، فاستحب التصدق -والله أعلم-.

---

(١) وكان فى الأصل "لطلب الربح".

(٢) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "يجب".

١٨٩٧١- ثم هذا الذى ذكرنا إذا آجر العبد المشترى نفسه، أو وهب له هبة حتى كان من كسبه، فأما إذا آجره المأذون، فإن الكسب يسلم للمأذون على كل حال؛ لأن هذا من كسب المأذون لا من كسب المشترى، ولأن المأذون فى ذلك لا يكون أسوأ حالا من الغاصب، والغاصب لو آجر المغصوب يكون الكسب للغاصب، فهذا أولى.

قال: وإذا أذن الرجل لعبده فى التجارة، فباع العبد جارية بجارية بيعًا فاسدًا من رجل، وقبضها الرجل، ثم إن المشترى باعها من غيره ودفعها إليه، فهذه المسألة لا تخلو من أربعة أوجه: إما أن باعها المشترى من الأجنبى، أو باعها من العبد المأذون الذى اشتراه منه، ودفعها إليه، أو باعها من المولى ودفعها إليه، أو من عبد آخر مأذون للمولى، وعلى العبدين أو لا دين عليه.

فإن باعها من الأجنبى، ودفعها إليه، فإن البيع الثانى يكون جائزًا، ولا يكون نقضًا للبيع الأول حتى يجب للمشترى من المأذون الثمن على الأجنبى، وعلى المشترى من المأذون قيمة الجارية للمأذون، أما لا يكون نقضًا للبيع الأول؛ لأن البيع الأول إنما ينتقض إذا وجد ردّ المشترى شراء فاسدًا على بائعه الذى باعه حقيقة وحكمًا، ولم يوجد الردّ على من وجد منه البيع الأول لا حقيقة ولا حكمًا، وذلك لأنه ردّ إلى الأجنبى، ولم يوجد البيع من الأجنبى لا حقيقة، وإنه ظاهر، ولا حكمًا؛ لأن الأجنبى لا يصير بائعًا ببيع المأذون حكمًا؛ لأن المأذون مما تمكن من البيع من جهته، وإذا لم يمكن أن يجعل نقضًا للبع الأول كان البيع الثانى مع الأجنبى جائزًا، وكان للمشترى من المأذون الثمن على الأجنبى، وعلى المشترى من المأذون القيمة للمأذون؛ لأنه لما جاز البيع الثانى صار المشترى من المأذون عاجزًا عن ردّها، فكانت عليه قيمتها سواء كان على العبد دين، أو لا دين عليه.

١٨٩٧٢- فأما إذا باعها من العبد المأذون الذى اشترى منه، ودفعها إليه كان هذا نقضًا للبيع الأول، حتى لا يجب للمشترى على المأذون ثمن، ويبرأ من الضمان سواء كان على المأذون دين[1] أو لا دين عليه، وذلك لأن المشترى[2] ردّ المشترى على من وجد

---

(١) ، فى م "شىء" مكان "دين".

(٢) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم "المأذون".

منه البيع الأول حقيقة وحكمًا، ولو وجد الردّ على من وجد منه البيع الأول حكمًا لا حقيقة، بأن باعه من المولى ودفعه إليه، ولا دين على العبد كان نقضًا للبيع الأول، فإذا وجد الردّ على من وجد منه البيع حقيقة وحكمًا أولى أن يجعل نقضًا، وإنما جعل ردّ المشترى شراءً فاسدًا على البائع نقضًا للبيع الأول وإن حصل البيع[1] بجهة الشراء لا بجهة الفسخ، وذلك لأن ردّ المشترى على البائع مستحق على المشترى شراءً فاسدًا نقضًا للبيع الأول حتى تزول المعصية، فعلى أي وجه ما ردّ على البائع يجعل من الوجه المستحق عليه لا من الجهة التى نوى وقصد، ألا ترى أن ردّ الودائع والمغصوب لما كان مستحقًا بجهة الإيداع والغصب على المأخوذ منه على أى وجه ما حصل الردّ يكون من الوجه المستحق عليه، لا من الوجه الذى نوى وقصد، فكذا هذا.

١٨٩٧٣- فأما إذا باعها من المولى المأذون، ودفعها إلى المولى، فهذا على وجهين: إما إن كان على العبد المأذون دين، أو لا دين عليه، فإن لم يكن على المأذون دين كان نقضًا للبيع الأول حتى لا يجب للمشترى على المولى الثمن، وبرئ المشترى عن الضمان، وذلك لأن الردّ وجد على من وجد منه البيع الأول من حيث الحكم؛ لأن المولى ببيع المأذون يصير بائعًا حكمًا؛ لأن الملك فيما باع المولى، وقد تمكن من بيعه بإذنه، والمولى يملك ذلك لنفسه، فيجعل المولى بائعًا حكمًا ببيعه، ألا ترى أنه لو باع المأذون شيئًا من كسبه بيعًا جائزًا، ولا دين عليه صار المولى بائعًا ببيعه حكمًا، حتى إذا أقال المولى بيعه صحت الإقالة كما لو باع بنفسه، وإذا كان كذلك، فقد وجد ردّ المشترى على من وجد منه البيع حكمًا، فكان نقضًا للأول كما لو ردّ على من وجد منه البيع الأول حقيقة وحكمًا.

١٨٩٧٤- فأما إذا كان على المأذون دين، فإن البيع الثانى يكون جائزًا، حتى يجب الثمن للمشترى على المولى، ويضمن المشترى من المأذون قيمة الجارية للمأذون؛ لأن المشترى لم يردّ المشترى على الذى وجد منه البيع الأول لا حقيقة ولا حكمًا، أما حقيقة فلا إشكال، وأما حكمًا فلأن المولى لا يصير بائعًا حكمًا ببيع المأذون متى كان على المأذون دين، ألا ترى أنه لو كان البيع جائزًا من العبد، فأقاله المولى، فإنه لا يصح

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل: " وإن جعل البيع "، وفى م: " وإن حصل الردّ ".

إقالته كما لا تصح إقالة الأجنبى، وإذا لم يصر المولى بائعًا ببيع المأذون حكمًا، صار الردّ على المولى والردّ على الأجنبى سواء.

١٨٩٧٥ - وأما إذا باع من عبد آخر للمولى مأذون، ودفعها إليه، هل يكون نقضًا للبيع الأول؟ فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يكون عليهما دين، أو لا دين عليهما لا على الأول ولا على الثانى، أو كان على أحدهما دين، إما على الأول، وإما على الثانى، فإن كان عليهما دين كان البيع جائزًا ولا يكون نقضًا للبيع الأول؛ لأنه لو كان على أحدهما دين لا يكون نقضًا على ما نبينه، فإذا كان عليهما أولى أن لا يكون نقضًا، وإن كان على أحدهما دين إما على الأول، وإما على الثانى، فلأنه لا يكون نقضًا أيضًا.

١٨٩٧٦ - أما إذا كان على الأول دين؛ لأنه لو باع من المولى وعلى الأول دين لا يكون نقضًا للبيع الأول ويكون البيع الثانى جائز، فإذا باع من عبد آخر للمولى أولى أن لا يكون نقضًا، وذلك لأن المأذون أقرب إلى مولاه من عبده.

وإن كان على الثانى دين فكذلك لا يكون نقضًا؛ لأنه متى كان على الثانى دين لا يصير المأذون الأول ولا المولى مشتريًا بشراءه لا حقيقة ولا حكمًا؛ لأنه لا ملك له فى كسب الثانى إذا كان عليه دين، فكان الشراء الثانى، وعليه دين من المشترى وشراء الأجنبى سواء، وإن لم يكن عليهما دين كان نقضًا للبيع الأول متى دفعه إلى العبد الثانى، وذلك لأن شراء العبد الثانى ولا دين عليهما كشراء المولى؛ لأن الملك فى المشترى يقع للمولى رقبة وتصرفًا؛ لأنه[1] متى دفعه إلى العبد الثانى لا يبرأ المشترى من المأذون عن الضمان ما لم يدفعه إلى المأذون الأول أو إلى المولى الثانى، أما إذا دفع إلى المأذون الأول أو إلى المولى، إنما يبرأ عن الضمان؛ لأنه وصل المضمون إلى المأخوذ منه حقيقة أو حكمًا، فيبرأ الضامن عن الضمان.

واعتبر بما لو كانت الجارية مغصوبة فى يد المشترى غصبها من المأذون الأول، فدفعها إلى عبد آخر للمولى إن وصل إلى المأذون الأول، أو إلى المولى برئ من الضمان؛ لأنه وصل المضمون إلى المأخوذ منه حقيقة أو حكمًا؛ لأن المأذون الأول مأخوذ منه حقيقة، والمولى إن لم يكن مأخوذًا منه حقيقة، فهو مأخوذ منه حكمًا، فإن

---

(١) وفى ف "إلا أنه".

الملك فى المأخوذ للمولى، فإذا لم يدفع العبد الآخر الجارية إلى المأذون، ولا إلى المولى بقى المشترى ضامنًا حتى لو هلكت الجارية فى يد العبد الثانى ضمن المشترى من المأذون قيمة الجارية؛ لأن المشترى ضامن للجارية، والضامن إنما يبرأ بردّ المضمون على المأخوذ منه حقيقة أو حكمًا بأن ردّه على المولى أو إلى وكيل المأخوذ منه بالقبض ولم يوجد واحد من هذا فلا يبرأ المشترى عن الضمان.

واعتبر بما لو كانت الجارية مغصوبة فى يده، وكان غصبها من المأذون إن ردّها على المأذون وعليه دين أو لا دين عليه، أو على المولى ولا دين على المأذون، أو إلى وكيل لهما بالقبض برئ عن الضمان، ولو ردّ إلى عبد آخر للمأذون أو للمولى، فإنه لا يبرأ عن الضمان؛ لأنه لم يردّ على المأخوذ منه، لا حقيقة ولا حكمًا؛ لأن ما أخذ من المأذون الأول لم يكن ملكًا للثانى، حتى يصير مأخوذًا منه حكمًا، ولم يوجد توكيل من المأذون بالقبض، فلم يبرأ عن الضمان، فكذلك هذا.

وإن باعها من المأذون بيعًا صحيحًا، ولم يدفعها إليه بقى ضامنًا؛ لأنها تعد فى قبض المشترى، فتكون فى ضمانه، واعتبر بالمشترى شراء جائزًا، إذا أقال البيع مع البائع، فقبل أن يردّه على البائع يكون مضمونًا عليه؛ لأنه يعد فى قبضه، فكذلك هذا - والله أعلم -.

الفصل العشرون
فى الغرور فى العبد المأذون له

١٨٩٧٧- قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: إذا جاء الرجل بعبد إلى السوق، وقال: هذا عبدى، فبايعوه فقد أذنت له فى التجارة، فبايعه أهل السوق، ولحقه ديون، ثم ظهر بعد ذلك أنه كان حرًا، أو استحقه رجل كان على الذى أمره بالمبايعة الأقل من قيمة العبد ومن الدين؛ لأن الذى بايع مع العبد صار مغرورًا من جهة الآمر بالمبايعة؛ لأنه لما قال: هذا عبدى، فقد أطمع الذى بايع مع العبد أن رقبته تباع بدينه متى لحقه دين، فصار ضامنًا سلامة الرقبة له، وهذا لأنه أمر بالمبايعة مع عبد مضاف إليه، والمبايعة مع عبد مضاف إلى الإنسان بأمره موجب على المولى المبيع بالدين أو الفداء؛ لأن المبايعة توجب الدين على العبد ودين العبد بسبب المبايعة إذا كانت المبايعة بأمر المولى يوجب البيع أو الفداء، فإن أمر بما يوجب البيع أو الفداء كان ضامنًا له أقل الأمرين: إما الرقبة، أو الدين، فصار تقدير ما قال: بايعوا عبدى، فإنى ضمنت لكم البيع[1] بالدين أو الفداء، فإذا ظهر خلاف ما أطمعهم صاروا مغرورين من جهة الآمر، فكان لهم الرجوع عليه.

١٨٩٧٨- وهذا بخلاف ما لو قال: هذا عبدى، وقال: أذنت له فى التجارة، ولم يقل: بايعوه، فبايعه أهل السوق، ثم ظهر أنه كان حرًا أو عبدًا للغير حتى تعذر عليهم البيع بالدين، فإنهم لايرجعون على الآمر بشىء.

والفرق فإنه متى لم يقل لهم: بايعوه، لم يضمن لهم البيع بالدين أو الفداء لا نصًا، وهذا ظاهر، فإنه لم يقل: ضمنت لكم بيعه بالدين أو الفداء، ولا مقتضى الإذن فى التجارة؛ لأن المقتضى إنما يثبت ضرورة المقتضى، وليس من ضرورة الإذن وجوب البيع بالدين أو الفداء لا محالة؛ لأن الإذن يتحقق بدون البيع والفداء بأن لا يباع منه أصلا، وإذا لم يكن من ضرورة الإذن وجوب البيع بالدين والفداء لا يصير بمجرد الإذن

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل: "المبيع".

ضامنًا لهم البيع أو الفداء، فأما الآمر بالمبايعة أمر بما يوجب البيع أو الفداء لا محالة؛ لأن المبايعة لا تنفك عن الدين، ومن ضرورة وجوب الدين بالمبايعة وجوبه بإذن المولى البيع أو الفداء، فصار ضامنًا لهم البيع بالدين أو الفداء مقتضى الأمر بالمبايعة، فصاروا مغرورين من جهته على نحو ما بيّنا، فكان لهم الرجوع.

وبخلاف ما إذا قال: بايعوه، فقد أذنت له فى التجارة، ولم يقل: هذا عبدى، فبايعوه ولحقه دين، ثم استحق، أو وجد حرًا، فإنه لا يكون لهم حق الرجوع على الآمر بشيء؛ لأن هناك أيضًا: لم يضمن لهم البيع بالدين، أو الفداء لا نصًا، وهذا ظاهر، ولا مقتضى الأمر[1] بالمبايعة؛ لأنه إنما أمرهم بالمبايعة مع عبد غير مضاف إليه، وليس من ضرورة المبايعة مع عبد غير مضاف إليه وجوب البيع بالدين أو الفداء على الأمر، فلا يصير بالأمر بالمبايعة ضامنًا لهم البيع بالدين أو الفداء، فلا يصيروا مغرورين من جهته، أما من ضرورة المبايعة مع عبد مضاف إليه بعد أمره إياهم بالمبايعة البيع بالدين أو الفداء، فيصير ضامنًا لهم البيع بالدين أو الفداء مقتضى الأمر بالمبايعة معه، والتقريب ما ذكرنا.

ونظير هذا ما إذا قال رجل لرجل: خالع امرأتك على هذا العبد، ففعل لا يلزم الآمر شيء؛ لأنه ذكر العبد مطلقًا، وإنه يحتمل عبده وعبد غيره، فلا يثبت الضمان بالشك.

ولو قال: خالع امرأتك على عبدى هذا صار ضامنًا؛ لأنه أضاف العبد إلى نفسه، فلايحتمل عبد غيره.

ثم فى الفصل الأول وهو ما إذا قال: هذا عبدى، فبايعوه، فقد أذنت له فى التجارة إنما كان لهم الرجوع على الآمر بالأقل من قيمته، ومن الدين إذا كانت القيمة أقل من الدين، أما إذا كان الدين أقل من القيمة فإنما يضمن قدر الدين؛ لأن الضمان وجب عليه بسبب الدين فيضمن قدر الدين، وأما إذا كان قيمة العبد أقل من الدين، فإنما يضمن قدر قيمة العبد؛ لأنه ضمن لهم بيع العبد بالدين، ولم يسلم لهم ذلك لما ظهر الأمر بخلافه، فكان لهم الرجوع على المولى بقيمته، كما لو لم يسلم لهم بيع العبد بالدين بسبب إعتاقه العبد أو تدبيره إياه، فإن شاؤوا ضمنوا الأقل من قيمة العبد ومن

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل: "للآمر".

الدين، وإن شاؤوا اتبعوا المشترى بجميع ديونهم، إن ظهر أن المشترى حرّ؛ لأنه باشر سبب وجوب الدين وهو من أهله، فيكون الدين عليه إلا أن الآمر كان كالكفيل عنه بقدر القيمة؛ لأنه لزمه قدر القيمة بسبب دين وجب على المشترى، وإن ظهر أن المشترى كان عبدًا، فإنهم لا يتبعون فى الحال بشىء، بل يتأخر ذلك إلى ما بعد العتق؛ لأن هذا دين لزمه بالقول بغير إذن المولى، فيتبع به بعد العتق.

والذى ذكرنا من الجواب فيما إذا ظهر أن المأذون حرّ أو مستحق، فكذا الجواب فيما إذا ظهر أنه مكاتب أو مدبّر؛ لأن المعنى لا يوجب الفصل، ثم فى حق حكم الغرور لا فرق بين من سمع هذه المقالة، وعلم بها وبين من لم يسمع ولم يعلم إذا كان الآذن قال ذلك فى عامة أهل السوق؛ لأن السماع فى حق من لم يسمع وجد من حيث الحكم والاعتبار؛ لأن الإذن إذا كان لأهل السوق على وجه العموم كان الإذن منتشرًا شائعًا فيما بين أهل السوق وما شاع وانتشر فيما بين الناس، فهو بمنزلة الواصل إلى كل أحد، ألا ترى أن الأمير إذا قال فى عامة أهل العسكر: من قتل قتيلا فله سلبه كان استحقاق السلب ثابتًا فى حق الكل من سمع هذه المقالة ومن لم يسمعها.

١٨٩٧٩ - وكذا الحجر على العبد المأذون إذا انتشر فيما بين أهل السوق يثبت حكم الحجر فى حق من سمع الحجر، وفى حق من لم يسمع، كذا ههنا، ولو أن هذا الرجل حين جاء إلى أهل السوق، وقال: هذا عبدى، فبايعوه فى البر[1]، فقد أذنت له فى ذلك فبايعه أهل السوق فى غير البر، ثم ظهر أنه حرّ، أو مستحق كان للذى بايعه فى غير البر أن يضمن المولى الأقل من قيمته ومن الدين، وكان قوله: من البر لغوا من الكلام، وفرق بين هذا، وبينما إذا أذن لعبده فى التجارة، ثم قال لقوم بأعيانهم: بايعوا عبدى، فبايعه ذلك القوم وقوم آخرون، ولحقه دين لمن أمره المولى بالمبايعة معه، ولمن لم يأمرهم، ثم ظهر أنه كان حرًا أو مستحقًا، فإنه يثبت الغرور فى حق من أمرهم المولى بالمبايعة، ولم يثبت فى حق من لم يأمرهم المولى بالمبايعة، فقد اعتبر التخصيص فى حق المتباعين مع العبد، ولم يعتبر التخصيص فيما يتصرف العبد فيه.

١٨٩٨٠ - والفرق أن الآمر بالمبايعة مع العبد أذن للعبد بالتصرف وإنه ظاهر،

(١) لفظ البر "فى" ظ وف، وكان فى الأصل: "البز".

وكفالة بقيمة العبد للمبايعين متى ظهرت الحرية، والاستحقاق على ما مرّ، ولو كان كفالة من كل وجه كان التخصيص فيه معتبراً فى حق المكفول له وفى حق المكفول به، فإن الكفالة لإنسان لا تكون كفالة لغيره، وإذا كان كفل لإنسان بثمن البر لا يصير كفيلا له بثمن الحرّ، ولو كان إذنًا له من كل وجه لم يكن التخصيص معتبرًا فى حق ما يتصرف فيه على ما مرّ، وفى حق من يتصرف معه حتى إنه إذا قال لعبده: أذنت لك فى التجارة على أن تشترى وتبيع مع هؤلاء كان له أن يبيع ويشترى مع غيرهم، فإذا كان مشتملا على الأمرين جميعًا يجب أن يوفر على الأمرين حظهما، وأمكن توفير عليهما فى حق المتبايعين بأن يقول: من حيث إنه أذن تصحيحه مع جهالة المضمون له، ومن غير قبول وجد من المضمون له فى مجلس الضمان بخلاف الكفالة المحضة، ومن حيث إنه كفالة يعتبر التخصيص فى حق المضمون له بخلاف الإذن، أما فى حق ما يتصرف فيه تعذر توفير حظهما عليهما فى حق حكمين، وتعذر الجمع بين الخصوص، فلزمنا اعتبار أحدهما وإلغاء الآخر، فنقول: إلغاء الكفالة أولى؛ لأن الكفالة إنما صحت تبعًا للإذن، فكان الإذن أصلا، ولا شك أن إلغاء التبع أولى من إلغاء الأصل، فإذا ألغينا معنى الكفالة فى حق ما يتصرف فيه صار قوله فى البرّ لغوًا من الكلام، لأن تخصيص البرّ فى الإذن لغو، وإذا لغا التخصيص فى حق البر، صار مسألتنا هذا عبدى، وقد أذنت له فى التجارة، فبايعوه فى البر، أو فى غيره، ولو قال: ذلك، ثم ظهر أنه كان حرًا، أو مستحقًا، يثبت حكم الغرور، كذا ههنا.

ثم فى مسألة المتبايعين إذا اعتبر التخصيص فى حق من أمرهم المولى بالمبايعة، ولحق العبد دين لمن أمرهم المولى بالمبايعة، ولمن لم يأمرهم المولى، فالمولى يضمن للذين أمرهم بالمبايعة الأقل من حصتهم من قيمة العبد ومن دَينهم، لأن الآمر بالبيع عند ظهور الاستحقاق إنما يضمن للغرماء قدر ما كان يسلم لهم من عين الاستحقاق، ولا يسلم لهم جميع قيمة العبد، وإنما يسلم لهم ما يخصهم من قيمة العبد، فعند ظهور الاستحقاق يضمن ذلك.

قال فى الأصل عقيب هذه المسألة: ألا ترى أن المولى إذا أذن لعبده فى التجارة إذنًا عامًا، ثم نهى واحدًا أو اثنين عن مبايعته، فبايعاه ولحقه دين لهما، وباقى المسألة بحالها، لم يضمن المولى للذين نهاهما عن المبايعة شيئًا، لأن التخصيص لو حصل فى

الابتداء على هذا الوجه، وباقى المسألة بحالها لكان لا يضمن للمأمور بالمبايعة لمن لم يأمر بالمبايعة شيئًا، فكذا إذا وجد هذا التخصيص فى الانتهاء.

فإن قيل: يجب أن لا يصح التخصيص فى الانتهاء؛ لأن هذا منه رجوع عن الكفالة، والرجوع عن الكفالة باطل.

قلنا: الكفالة ههنا تثبت فى ضمن الأمر بالبيع، فيكون حكمه حكم الآمر، والرجوع على الآمر صحيح قبل حصول المأمور به، فكذا الرجوع عما ثبت فى ضمن الآمر، وهو الكفالة.

١٨٩٨١- وإذا قال لأهل السوق: هذا عبدى فبايعوه فقد أذنت له فى التجارة، فبايعوه ثم لحقه دين، ثم استحق العبد الرجل، وقد كان المستحق أذن لهذا العبد فى التجارة قبل أن يأتى الذى كان العبد فى يديه أهل السوق، فإن العبد يتبع بالدين يباع فيه؛ لأنه مأذون لحقه دين، فيباع فيه إلا أن يفديه مولاه، ولا ضمان على الآمر بالمبايعة، ولا يصير غارًا لهم؛ لأنه بالأمر بالمبايعة ضمن لهم تعلق الدين بالرقبة، وإنه كذلك، فلم يصر غارًا لهم، وإن ظهر أنه كان مدبرًا للمستحق مأذونًا له فى التجارة، فللغرماء أن يضمنوا الآمر الأقل من قيمته قنًا ومن الدين؛ لأنه صار غارًا لهم؛ لأنه ضمن لهم تعلق الدين بالرقبة والبيع فيه، وقد ظهر بخلافه، وكذلك إذا ظهر أنه كان عبدًا محجورًا عليه للمستحق، فللغرماء أن يضمّنوا الآمر؛ لأنه صار غارًا لهم؛ لأنه ضمن لهم تعلق الدين بالرقبة، وظهر بخلافه لما كان العبد محجورًا عليه، فإن كان المستحق قد أذن للعبد فى التجارة بعد ما استحق قبل أن يلحقه الدين، ثم لحقه الدين، فلا ضمان على الآمر؛ لأنه لم يصر غارًا لهم؛ لأنه ضمن لهم تعلق الدين بالرقبة، وإنه كذلك.

١٨٩٨٢- وإذا أتى الرجل بصبى إلى أهل السوق وقال: هذا ابنى فبايعوه فقد أذنت له فى التجارة، والصبى يعقل البيع والشراء، فبايعوه ولحقه من ذلك دين، ثم إن رجلا أقام بينة أن هذا الصبى ابنه، ولم يكن المستحق أذن له فى التجارة، فإنه لم يلزم الصبى شئ، لا فى الحال ولا بعد البلوغ؛ لأن هذا ضمان قول، والصبى المحجور لا يؤاخذ بضمان القول، لا فى الحال ولا بعد البلوغ، بخلاف العبد المحجور حيث يؤاخذ

بضمان القول بعد العتق.

والفرق عرف فى موضعه إلا أن للغرماء أن يرجعوا على الآمر بالمبايعة بديونهم؛ لأنهم صاروا مغرورين من جهة الآمر، فإنه أطمعهم أن يجب ديونهم من ذمة الصبى، ويستوفى من ماله للحال بسبب إذنه للصغير جائز، ألا ترى أنه لو كان صادقًا فيما قال، وجب الدين فى ذمة الصغير، ويستوفى من ماله فى الحال، فإذا ظهر الأمر بخلافه، بأن ظهر أن الصبى ابن الغير كانوا مغرورين من جهته، فيصير ضامنًا لهم كما فى عبده، إلا أن فى العبد يرجعون على الآمر بأقل من الدين ومن قيمة العبد، وههنا يرجعون على الآمر بجميع الدين، وإنما كان كذلك؛ لأن المستحق فى العبد بسبب الإذن إذا لزمه الدين شيئان: إما رقبة العبد، وإما قضاء الدين، ألا ترى أن الآمر لو كان صادقًا، ولحقه الدين، لزمه إما بيع الرقبة أو قضاء الدين، وإذا كان المستحق فى العبد شيئان، لزمه أقل الأمرين إذا ظهر الأمر بخلاف ما قال، فأما فى إذن الصغير المستحق شىء واحد، ألا ترى أن الآمر لو كان صادقًا يلزمه قضاء الديون من ماله، فإذا ظهر بخلاف ذلك، يلزمه قضاء جميع ديونه -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الحادى والعشرون
فى جناية العبد المأذون له وجناية عبده والجناية عليه

١٨٩٨٣- قال محمد رحمه الله : وإذا جنى العبد المأذون، فقتل رجلا حرّا، أو عبدًا خطأ وعليه ديون، فإنه يخاطب مولى المأذون بالدفع أو الفداء، ولا يخاطب المأذون بشئ، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، ولو جنى عبد من عبيد العبد المأذون، فقتل رجلا حرًا أو عبدًا خطأ، فإنه يخاطب العبد المأذون بالدفع أو الفداء.

والفرق أن الخصم فى رقبة المأذون المولى دون المأذون؛ لأنه كسب المولى لا كسب نفسه، ألا ترى أن المكاتب لا يملك بيع رقبته ولا للإقرار بها، وإن لم يكن عليه دين والمولى يملك ذلك إذا لم يكن عليه دين، وألا ترى أن من ادّعى حقًا فى رقبة المأذون، فالذى ينتصب خصمًا للمدعى المولى دون المأذون، وإن كان الخصم فى رقبة المأذون المولى دون المأذون كان الخطاب بالدفع، أو الفداء على المولى.

أما الخصم فى كسب المأذون بدليل عكس ما ذكرنا من الأحكام، فيكون الخطاب بالدفع، أو الفداء فى كسبه على المأذون، وإذا خوطب المولى بالدفع أو الفداء، واختار الدفع يدفع المأذون إلى الأولياء الجناية، ثم الغرماء يتبعون المأذون، ويبيعونه بدينهم إلا أن يفديه أولياء الجناية، فقد بدأ بحق أصحاب الجناية، ولم يبدأ بحق الغرماء، وإنما فعل ذلك لأنه لو بدأ بحق الغرماء، ويبيع العبد يبطل حق أولياء الجناية أصلا؛ لأنه لا يكون لهم بعد ذلك لا اتباع العبد ولا اتباع المولى، أما اتباع العبد لأن العبد يزول عن ملك المجنى عليه، والعبد الجانى إذا زال عن ملك المجنى عليه، لا يكون على العبد سبيل بعد ذلك لأولياء الجناية؛ لأن موجب جنايته على المولى، ألا ترى لو أعتقه المولى لا يبقى لولى الجناية عليه سبيل.

وأما اتباع المولى لأن المولى كان مجبراً على الدفع[1]، فلا يصير بالبيع مختار للفداء ولا ضامنًا للقيمة، فهو معنى قولنا: إنا لو بدأنا بحق الغرماء يبطل حق أولياء الجناية أصلا، ولو بدأنا بحق أولياء الجناية لا يبطل حق الغرماء أصلا، فإن بعد ما دفع العبد إلى أولياء الجناية كان لهم بيعه؛ لأن الدين على العبد، فيدور أينما دار العبد، ألا ترى أنه لو أعتق العبد المديون كان للغرماء اتباع العبد بالدين، فكان أولى، ثم إذا بيع العبد للغرماء بعد ما دفع إلى أولياء الجناية لا يكون لأولياء الجناية بعد ذلك أن يرجعوا على المولى بشيء بخلاف ما إذا كانت الجناية من المأذون قبل لحوق الدين، وبيع العبد للغرماء بعد ما دفع إلى أولياء الجناية حيث يكون[2] لأولياء الجناية أن يرجعوا على المولى بقيمة المأذون.

١٨٩٨٤ - والفرق أن الجناية إذا كانت بعد لحوق الدين فحق أولياء الجناية ما ثبت إلا في عبد مشغول بحق الغرماء، وقد وصل إليهم عبد مشغول بحق الغرماء، فقد وصل إليهم حقهم، فلا يبقى لهم على المولى سبيل.

أما الجناية إذا كانت قبل لحوق الدين فحق أولياء الجناية يثبت في رقبة فارغة، وإنما صارت مشغولة بعد ثبوت حق أولياء الجناية فيها بسبب وجد من المولى وهو الإذن، فاستحقت الرقبة عليهم بسبب وجد من المولى بعد ثبوت حقهم، فكان لهم حق الرجوع على المولى بقيمة العبد، وكان كالمغصوب إذا جنى جناية عند الغاصب، ودفع الغاصب المغصوب إلى المالك، ودفعه المالك إلى أولياء الجناية كان للمالك أن يرجع على الغاصب بقيمة العبد؛ لأن العبد استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب، كذا ههنا.

١٨٩٨٥ - وإذا وجب القصاص على العبد المأذون، فصالح عن نفسه مع المولى لم يجز، سواء كان عليه دين أو لا دين عليه، وإذا وجب القصاص على عبد من كسبه وصالح عنه جاز، والفرق وهو أن الصلح عن القصاص عن عبده وعن نفسه يشبه الإنفاق من وجه، ويشبه التجارة من وجه، يشبه الإنفاق من حيث إنه بالصلح يدفع الهلاك عن العبد وعن نفسه، فإنه متى لم يصالح قتل، ومتى صالح لا يقتل بل يبقى،

---

(١) وفي م: "على البيع".

(٢) هكذا في ظ، وكان في غيرها: "لا يكون".

فكان كالإنفاق من هذا الوجه، ويشبه التجارة من حيث إنه بالصلح يملك مالا من وليّ القصاص بمقابلة شيء يحصل له، فإن العبد يبقى على ملكه بعد ما استحق إزالته عن ملكه ويسلّم له نفسه بعد ما استحق إتلافه، وأى الأمرين ما اعتبرنا، فالمأذون يملك ذلك فى كسبه، فإنه يملك الإنفاق على كسبه، ويملك التجارة فى كسبه، فصحّ الصلح عن كسبه باعتبار الأمرين جميعًا، فأما المأذون إن كان يملك الإنفاق على نفسه لا يملك التجارة فى نفسه، ألا ترى بأنه لا يملك بيع رقبته ولا يملك الإقرار به، فبأحد الاعتبارين يصح الصلح عن نفسه، وبالاعتبار الآخر لا يصح، فلا يصح بالشك، وإذا أبطل القاضى صلحه عن نفسه ليس لولى[1] القتيل أن يقتل العبد، ولا يرجع عليه بشيء مما صالح حتى يعتقه، وذلك لأن الصلح عن نفسه إن لم يجز فى حق المولى يجوز فى حق العبد؛ لأنه مكلف، وكان بمنزلة الأمة البالغة إذا طلقها زوجها بمال وقبلت ذلك، فإن المال يجب فى حقها إن لم يجب فى حق المولى، حتى تؤاخذ[2] بذلك بعد الإعتاق، فصار كأن الزوج طلقها بمال مؤجل، ولهذا كان الطلاق بائنًا؛ لأنه طلقها بعوض، فكذلك ههنا ولى القصاص لما صالح من المأذون مع المأذون، فكأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتاق، ولو فعل هكذا كان الصلح جائزًا، ولم يكن لولى القتيل أن يقتله، ولا يتبعه ما لم يعتق، فكذلك ههنا.

١٨٩٨٦- وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله: إذا كان على العبد المأذون له دين، فجنى جناية، فباعه مولاه من أصحاب الدين بدينهم، إن كان يعلم بالجناية[3]، فإنه يصير مختارًا للأرش، وإن كان لا يعلم بالجناية، فعليه قيمة العبد إلا أن يكون الأرش أقل من قيمة العبد، وذلك لأن بيع المولى عبده الجانى من الغرماء، وإنه مما يبطل حقهم وبيعه من الأجنبى سواء، ولو كان المولى باع عبده الجانى من غيره إن كان عالـمًا بالجناية صار مختارًا للفداء، وإن لم يعلم بالجناية كانت عليه قيمة العبد بالغة ما

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "لمولى العبد".

(٢) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "لو أخذ".

(٣) وفى ظ: "الجناية".

بلغت إلا أن تكون قيمة العبد أكثر من الأرش[1]، فكذا هذا.

قال: فإن لم يبع المولى العبد من الغرماء حتى جاء أصحاب الجناية، فدفعه المولى إليهم بغير قضاء قاضٍ، فالقياس أن يضمن قيمته للغرماء، وفى الاستحسان: لا يضمن للغرماء شيئًا.

وجه القياس فى ذلك هو أن المولى بدفع العبد إلى أولياء الجناية أزال العبد عن ملكه بغير إذن الغرماء، فيصير ضامنًا كما لو باع من غيره أو وهب، ودليله ما لو باع العبد من الغرماء بدينهم، فإنه يضمن قيمته لأولياء الجناية إذا كان لا يعلم بالجناية، وإنما يضمن؛ لأنه أزال عن ملكه بعد ما تعلق حق ولى الجناية به بغير إذنه، فكذا ههنا يجب أن يضمن قيمته للغرماء، بل أولى؛ أن حق الغرماء فى العبد أكد من حق ولى الجناية، ألا ترى أن المولى إذا تصرف فى العبد تصرفًا يحتمل النقض بعد وقوعه كان للغرماء أن ينقضوا ذلك على المولى، وليس لولى الجناية ذلك، فإذا كان يضمن لأولياء الجناية متى دفع العبد إلى الغرماء بدينهم، فلأن يضمن للغرماء إذا دفع العبد إلى أولياء الجناية، وحقهم آكد أولى وأحرى.

الدليل عليه لو جنى العبد جنايات، ودفعه المولى إلى بعض أولياء الجناية، وهو لا يعلم بالجناية على الباقين، ضمن حصة أولياء الجناية من هذا العبد، فكذلك هذا، والدليل عليه المدبّر إذا جنى جناية خطأ، ودفع المولى قيمته إلى أولياء الجناية بغير قضاء القاضى وجنى جناية أخرى، فإنه يضمن نصف القيمة لأولياء الجناية الثانية؛ لأنه ظهر أن القيمة كانت مشتركة بين ولى الجناية، وقد دفعه إلى أحدهما فصار ضامنًا، فكذلك هذا، بل أولى؛ لأنه حين دفع القيمة إلى أولياء الجناية الأولى لم يكن حق أولياء الجناية الثانية فى القيمة، وههنا حين دفع العبد إلى أولياء الجناية، فحق الغرماء ثابت فى العبد.

وجه الاستحسان: المولى بدفع العبد إلى أولياء الجناية لم يبطل حق الغرماء؛ لأن حق الغرماء فى بيع العبد واستسعاءه بالدين، وقد أمكن للغرماء استيفاء كل الحقين من ملك المجنى عليه؛ لأن حق ولى الجناية فى العبد يثبت بغير رضا الغرماء والمولى، فثبت مشغولا بحقهم، وإذا لم يبطل الدفع حقّا على الغرماء صار الدفع إلى أولياء الجناية

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "أقل" مكان "أكثر".

والإيداع منهم سواء بخلاف ما لو باع، أو وهب من الأجنبى بغير إذن الغرماء، وذلك لأنه بالهبة والبيع أبطل عليهم حقهم؛ لأنه ليس للغرماء استيفاء حقهم من ملك الموهوب له، ولا من ملك المشترى الذى لم يوجد منه الإذن، وإذا لم يكن لهم استيفاء حقهم من ملك الموهوب له، ولا من ملك المشترى صار المولى مبطلا عليهم حقهم بالبيع والهبة، فصار ضامنًا.

فأما بالدفع إلى أولياء الجناية لا يبطل حق الغريم عن العبد؛ لأنه يمكنه استيفاء حقه من ملك المجنى عليه كما يمكنه الاستيفاء من ملك المولى، وبخلاف ما لو باع من الغرماء؛ لأن بيع العبد من الغرماء مما يبطل حق ولى الجناية بالبيع أو الهبة عن العبد؛ لأنه بعد زوال العبد الجانى عن ملك المولى لا يبقى لولى الجناية على العبد سبيل، فأما بعد الدفع يبقى للغرماء على العبد سبيل إن شاؤوا، باعوا بدينهم، وإن شاؤوا، استسعوا، وبخلاف المدبّر؛ لأن المدبّر لما جنى جناية أخرى ظهر أن القيمة على المولى وجبت مشتركة بين الأول والثانى، فأما المولى إذا دفع الكل إلى الأول، فقد صار دافعًا دينًا مشتركًا كله إلى أحد الشريكين، فكان للآخر أن يضمنه.

فأما فى مسألتنا فالمولى دفع ملك نفسه؛ لأن العبد باقٍ على ملكه بعد الجناية، والدين للغير فيه حق، ومن دفع خالص ملكه إلى غيره، وقد تعلق به حق الغير إن أبطل بالدفع إلى الغير حق صاحب الحق ضمن، وإن لم يبطل لا يضمن بخلاف ما لو دفع ملك غيره إلى الغير بغير إذن المالك فإنه يضمن؛ لأنه أبطل عليه يدًا وحقًا، وههنا بالدفع لم يبطل عليه يدًا ولا حقًا، وإذا جاز الدفع، ولم يضمن استحسانًا كان للغرماء أن يبيعوه بدينهم إلا أن يفديه أصحاب الجناية بالدين؛ لأن أصحاب الجناية قاموا مقام المولى، والعبد كان يباع على المولى بالدين إلا أن يفدى عنه، فكذلك ولىّ الجناية الذى قام مقامه.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله: إن حضر الغرماء وطلبوا البيع بدينهم وهو عند مولاه لم يدفعه بالجناية، ولم يحضر صاحب الجناية بطلب حقه، وقد أقر المولى والغرماء بالجناية، وأخبروا بها القاضى لم يبع القاضى العبد لأصحاب الدين حتى يحضر أصحاب الجناية، فيدفعه إليهم المولى أو يفديه، ثم يباع للغرماء بعد ذلك

حتى يستوفوا دينهم .

وإن رأى القاضى أن يبيع العبد للغرماء وأصحاب الجناية غائب فالبيع جائز ، ولا شىء لأصحاب الجناية على المولى ولا على العبد ، وقد بطلت بالجناية ، أما بيع القاضى جائز على أصحاب الجناية ، وإن كان لأصحاب الجناية حقًا فى العبد ؛ وذلك لأن حق أصحاب الجناية فى العبد لا يكون أعلى حالا من أن يكون لهم ملك فى رقبة البعد بأن كان العبد مملوكًا لهم ، ولو كان العبد مملوكًا لهم ورأى القاضى أن يبيعه حال غيبة المالك جاز ؛ لما عرف أن للقاضى ولاية بيع المنقول على الغائب ؛ لما فيه من الحفظ عليه ، فإذا كان لهم مجرد الحق فى العبد ؛ لأن يجوز بيع القاضى حال غيبتهم أولى وأحرى .

فإن قيل : إذا كان للغائب ملك فى العبد إنما يبيعه القاضى على الغائب ؛ لأنه ينقل حقه من الرقبة إلى الدراهم والدنانير ، وحفظ الدراهم والدنانير أيسر من حفظ العبد ، فيكون فى بيع العبد نظرًا للغائب ، فأما ههنا لا نظر لأصحاب الجناية فى بيع العبد ؛ لأن حقهم يبطل أصلا عن رقبة العبد بلا عوض يحصل لهم ، فلم يمكن هذا البيع نظر لأصحاب الجناية .

قلنا : من حيث المعنى إنما يبطل حقهم عن العبد بعوض ؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون فى ثمن العبد فضل عن الدين أو لم يكن ، فإن كان ، فما فضل من دين الغرماء يمسك على أصحاب الجناية متى حضروا ، دفع إليهم ، ومتى لم يبع ربما يهلك العبد فلا يحصل لهم شىء ، وإن كان مستغرقًا بالدين ، فأولياء الجناية لا يقدرون على استخلاص رقبة العبد لأنفسهم إلا بقضاء الدين من مالهم ، فإذا باع القاضى ، فقد بقى العوض على ملكهم ، فكان إبطالا بعوض من حيث المعنى فملكه القاضى على أصحاب الجناية ، ونظير هذا ما قالوا : إن المأذون يملك تسليم الشفعة ، وعدّ تجارة منه ولم يعدّ تبرعًا ؛ لأنه إن أبطل الشفعة بقى الثمن على ملكه ؛ لأنه لا يملك الأخذ[1] إلا بالثمن ، فكان إبطالا بعوض فصحّ ذلك ، فكذلك هذا .

وإذا صحّ البيع بطلت الجناية ، ولم يكن على العبد شىء ولا على المولى ، أما لا شىء على العبد ؛ لأن بيع القاضى لما صحّ زال العبد عن ملك المولى ، والعبد الجانى متى

(١) هكذا فى ظ وف ، وكان فى الأصل وم : "لا يملك إلا أخذ الثمن" .

زال عن ملك المولى لا يبقى لولىّ الجناية على العبد سبيل كما لو أعتقه أو باعه المولى بنفسه إلا أن المولى يضمن قيمة العبد متى باع، أو أعتق وهو لا يعلم بالجناية؛ لأن الدفع تعذر من جهته، فإن الدفع تعذر بتصرف أحدثه فى العبد، فأما ههنا فالدفع لم يتعذر من جهته، وإنما تعذر من جهة غيره وهو القاضى، فلا يكون على المولى شىء كما لو مات العبد الجانى.

قال: وإن باعه القاضى من أصحاب الدين، أو من غيرهم بأكثر من الدين، أعطى صاحب الدين دينهم، فإن بقى من دينهم أعطى من ذلك أصحاب الجناية قدر أرش الجناية إن كان أرش الجناية أكثر من قيمة العبد، فإن فضل شىء من أرش الجناية يصرف إلى المولى بخلاف ما إذا باع المولى بغير أمر القاضى بأكثر من قيمة العبد، وهو لا يعلم بالجناية بأن باع العبد بخمسة آلاف درهم، وقيمة العبد ألف درهم، والدين ألف درهم، فإذا قضى دينه ألف درهم وبقى فى يد المولى أربعة آلاف درهم، فإنه يعطى لأصحاب الجناية قدر قيمة العبد ألف درهم، وإن كان أرش الجناية أكثر من ألف درهم فالباقى وذلك ثلاثة آلاف درهم يكون للمولى، وبخلاف ما لو كان صاحب الجناية حاضراً، ودفع العبد إلى ولى الجناية، ثم باع القاضى العبد بعد الدفع إلى صاحب الجناية بدين الغرماء، وكان الثمن أكثر من دين العبد، وقضى من ذلك دين العبد، فإن الباقى من الثمن يكون لأصحاب الجناية وإن كان الباقى أكثر من أرش الجناية، ولا يكون للمولى من ذلك شىء، وإنما كان كذلك؛ وذلك لأن القاضى إذا باع العبد بالدين قبل الدفع إلى ولى الجناية، وقد نفذ بيع القاضى عليهم حال غيبتهم كان بيع القاضى بمنزلة بيع المولى من وجه، وبمنزلة بيع أولياء الجناية من وجه بمنزلة بيع المولى من وجه؛ لأن ملك المولى فى العبد قبل الدفع قائم للمولى، وللقاضى ولاية البيع عليه إذا كان على العبد دين، فيكون بيع القاضى العبد بمنزلة بيع المولى من هذا الوجه، ومن وجه بمنزلة أصحاب الجناية؛ لأن لأصحاب الجناية حقّاً فى رقبة هذا العبد، وقد نفذ بيع القاضى على أصحاب الجناية حال غيبتهم؛ لأن للقاضى ولاية البيع عليه حال غيبتهم.

وإذا كان بيع القاضى قبل الدفع إلى أولياء الجناية بمنزلة بيع المولى من وجه، وبمنزلة أصحاب الجناية من وجه وفر على الأمرين حظهما، فقال: من حيث إنه بمنزلة بيع أصحاب الجناية من وجه كان لهم من الباقى من الثمن بعد قضاء الدين قدر الأرش،

وإن كان الأرش أكثر من قيمة العبد، ومن حيث إنه بمنزلة بيع المولى من وجه ما زاد على الأرش كان للمولى، ولم يكن لأصحاب الجناية توفيراً على الأمرين حظهما بقدر الإمكان بخلاف ما لو دفع العبد إلى أولياء الجناية، ثم باع القاضى العبد بدين الغرماء بأكثر من الدين، وقضى من ذلك دين الغرماء، فإن الباقى يكون لأصحاب الجناية، وإن كان أكثر من أرش الجناية، ولا يكون للمولى من ذلك شىء؛ لأن بيع القاضى بعد الدفع بمنزلة بيع أصحاب الجناية، ولا يكون بمنزلة بيع المولى؛ لأنه لم يبقَ للمولى ملكًا بعد الدفع، ولو أن أصحاب الجناية باعوا العبد بعد الدفع بثمن أكثر من دينهم، فإنهم يقضون من ذلك دين العبد، والباقى يكون سالمًا كله لأولياء الجناية، وإن كان أكثر من الأرش، فكذلك هذا، وبخلاف ما لو باعه المولى؛ لأن بيع المولى لا يمكن أن يجعل بمنزلة بيع ولى الجناية بوجه ما؛ لأنه لا ولاية له على ولىّ الجناية بخلاف القاضى، وإذا لم يكن بيع المولى كبيع ولىّ الجناية بوجه ما كان جميع الثمن بعد قضاء الدين سالمًا للمولى، ويضمن أصحاب الجناية قيمة العبد إذا لم يعلم بالجناية؛ لأنه صار مستهلكًا رقبة هذا العبد على أولياء الجناية، فيضمن لهم قدر القيمة لا غير كما لو استهلكه أجنبى آخر.

١٨٩٨٧- وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله: إذا كان العبد مأذونًا له فى التجارة، فقتله رجل عمدًا، فعلى قاتله القصاص للمولى، ولا شىء للغرماء سواء كان على العبد دين، أو لا دين عليه، أما إذا لم يكن عليه دين؛ لأن المأذون إذا لم يكن عليه دين، فهو ملك المولى رقبة وتصرفًا، فصار الحال فى حقه بعد الإذن كالحال قبله، وقبل الإذن لو قتل عمدًا كان للمولى القصاص على قاتله، فكذلك هنا.

وأما إذا كان عليه دين فكذلك للمولى القصاص على قاتله، وكان يجب أن لا يكون للمولى القصاص؛ لأن بعد لحوق الدين إن كان ملك الرقبة فى العبد للمولى، فليس له ملك التصرف حتى لو تصرف فيه تصرفًا يحتمل النقض بعد وقوعه كان للغرماء أن ينقضوا ذلك عليه، وإذا كان للمولى ملك الرقبة لا ملك التصرف وجب أن لا يجب القصاص للمولى كما لو قتل عبد من كسب المأذون عمدًا، وعلى المأذون دين يسير أو كثير، فإنه لا يكون للمولى استيفاء القصاص، وإن كان المقتول ملك المولى إذا كان على العبد دين مستغرق عندهم جميعًا؛ لأنه ليس له ملك التصرف، ويجب أن يكون فى المأذون كذلك إلا أن الجواب عن هذا، وهو الفرق بين المأذون، وكسبه أن القصاص

استيفاء لبدل الدم، وللمولى استيفاء بدل مالية المأذون وهى القيمة من الجانى، فإن غاصبًا لو غصب العبد المأذون ومات المأذون فى يد الغاصب كان الخصم فى استيفاء القيمة المولى دون الغرماء، فكذا إذا قتل يكون المولى هو الخصم فى استيفاء بدل الدم بخلاف الكسب، فإن استيفاء بدل مالية الكسب وهو القيمة لايكون للمولى، فإن عبدًا من كسب المأذون إذا غصبه رجل ومات فى يده فأراد المولى أن يخاصم الغاصب، ويستوفى منه قيمة كسبه لم يكن له ذلك إذا كان على المأذون دين، فلما لم ينتصب المولى خصمًا فى استيفاء بدل الدم وإنه مما يندرئ بالشبهات أولى.

فإن صالح القاتل من الدم على الدراهم أو الدنانير أو شيء من العروض قليلا أو كثيرًا، فصلحه جائز؛ لأنه يملك استيفاء القصاص، وكل من ملك استيفاء القصاص ملك الصلح عن القصاص، وإذا جاز الصلح، وانقلب القصاص مالا تعلق حق الغرماء بالمال؛ لأن بدل الصلح بدل نفس مديون، فيستوفى من ذلك ديونه قياسًا على الحر إذا قتل عبدًا حتى وجب عليه القصاص، فصالح ولىّ المقتول القاتل على مال يستوفى من ذلك ديونه ووصاياه؛ لأنه بدل النفس المديون فكذلك هذا، فإن كان بدل الصلح دراهم أو دنانير قبضوه من دينهم؛ لأنه جنس حقهم، وإن كان عرضًا أو عبدًا بيع لهم فى دينهم إلا أن يفديه المولى بجميع الدين؛ لأن المولى لا يملك استخلاص كسب العبد لنفسه المديون بغير رضا العبد إلا بقضاء الدين؛ لأنه قبل قضاء الدين المولى من كسب عبده بمنزلة الأجنبى.

١٨٩٨٨- هذا إذا قتل العبد المأذون عمدًا، وعليه دين أو لادين عليه، وأما إذا لم يقتل العبد المأذون، ولكن قتل عبد من كسب المأذون، فإن لم يكن على المأذون دين، فللمولى أن يستوفى القصاص، ولا يكون للعبد أن يستوفى القصاص، أما للمولى أن يستوفى القصاص؛ لما ذكرنا أن القصاص استيفاء البدل الدم، فيعتبر باستيفاء بدل المالية وهى القيمة، فإنه لو غصب غاصب عبدًا أو جارية من كسب عبده المأذون، ولا دين عليه كان للمولى أن يستوفى القيمة من الغاصب، ويكون خصمًا فى ذلك، فإذا كان خصمًا فى استيفاء بدل المالية من الجانى وهو القيمة صلح خصمًا فى استيفاء بدل الدم وهو القصاص.

وأما لا يكون للعبد[١] استيفاء القصاص، وكان يجب أن يكون له استيفاء القصاص؛ لأن له استيفاء بدل مالية، وهي القيمة بأن غصب غاصب، فيجب أن يكون له استيفاء القصاص أيضًا إلا أن الجواب عنه أن المأذون يملك التجارة وما هو من توابع التجارة، وكان له استيفاء مال البدلية[٢] وهو القيمة؛ لأن استيفاء القيمة تجارة، وللمأذون أن يتجر في كسبه، فأما استيفاء القصاص ليس من التجارة، فلا يملكه المأذون في كسبه كما لا يملك الكتابة والتزويج، فإن صالح العبد المأذون عن القصاص على مال مع القاتل، هل يجوز الصلح؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا في ظاهر الرواية.

وحكي عن الفقيه أبي بكر البلخي: أنه كان يقول: بأنه يجب أن تكون المسألة على روايتين على قياس الوصيّ، فإن الوصيّ إذا صالح عن قصاص وجب لليتيم في النفس فيه روايتان: في رواية لا يكون له ذلك؛ لأنه ليس له استيفاء القصاص في النفس، فلا يكون له الصلح عن القصاص، فعلى قياس هذه الرواية: يجب أن لا يجوز الصلح من المأذون؛ لأنه لايملك استيفاء القصاص فلا يملك الصلح، وفي رواية أخرى: قال في الوصي: له الصلح؛ لأنه إنما لم يكن له استيفاء القصاص؛ لأنه ليس بتجارة، ولا اكتساب مال، والصلح اكتساب مال إن لم تكن تجارة، فعلى قياس هذه الرواية: يجب أن يجوز الصلح من المأذون؛ ولأن القصاص متى انقلب مالا بالصلح فإنه يجعل كأن المال كان واجبًا من الأصل، ألا ترى أنه يقضي من ذلك ديون المقتول وتنفذ وصاياه، فالمأذون إن كان لا يصلح صلحه؛ لأنه اكتساب مال لا تجارة، والمأذون لا يملك ذلك يصح منه بالطريق الآخر، وهو أن ينقلب مالا من الأصل، ولو كان القتل موجبًا مالا من الأصل بأن كان القتل خطأ كان له استيفاء المال، فكان له الصلح أيضًا، فما إذا كان على المأذون دين قل الدين أو كثر، فإنه لا يكون للمولى، ولا للغرماء، ولا للعبد القصاص، لا يكون للمولى ولا للغرماء؛ لأنه ليس للغرماء ولا للمولى استيفاء بدل المالية، وهي القيمة من الغاصب قل الدين على المأذون أو كثر، وإن كان ذلك مما يثبت بالشبهات، فلأن لا يكون لهم استيفاء بدل الدم وهو القصاص، وإنه مما يندرئ

(١) هكذا في الأصل، وكان في غير "العبد".

(٢) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم: "بدل البدلية".

بالشبهات أولى، ولا يكون للعبد أيضًا استيفاء القصاص، وكان يجب أن يكون للعبد استيفاء القصاص؛ لأن للعبد استيفاء بدل المالية، وهي القيمة من الغاصب، فيجب أن يكون له استيفاء بدل الدم، وهو القصاص إلا أنه إنما لم يثبت له استيفاء القصاص؛ لأن استيفاء القصاص ليس من التجارة في شيء، فلا يملكه المأذون، وإذا تعذر استيفاء القصاص معنى، وجب قيمة العبد على القاتل، فإن اجتمعوا على استيفاء القصاص يعني المولى، والغرماء، والعبد المأذون لا يكون لهم الاستيفاء.

وكان يجب أن يكون لهم الاستيفاء حالة الاجتماع، ويثبت بينهم شركة في القصاص، إن لم يكن لهم الاستيفاء حالة الانفراد، كما قالوا: في العبد الموصى برقبته لإنسان وبخدمته لآخر إذا قتل عمدًا لا يكون للموصى له بالرقبة، ولا للموصى له بالخدمة استيفاء القصاص حالة الانفراد، وحالة الاجتماع لهم استيفاء القصاص، ويثبت بينهما شركة في القصاص، فههنا كذلك.

قلنا في مسألة الوصيّ: إنما كان كذلك؛ وذلك لأن الحقين في الوصية على السواء لا رجحان لأحدهما على الآخر، فإن كل واحد منهما موصى له كالآخر، ألا ترى أن الموصى له بالرقبة كما يضرب بقيمة العبد خطأً، فالموصى له بالخدمة كذلك يضرب بقيمة العبد، وإذا استوى الحقان أمكن القول بثبوت الشركة بينهما في القصاص، والقصاص إذا كان مشتركًا بين اثنين، وأحدهما غائب، والآخر حاضر ليس للحاضر أن يتفرد بالاستيفاء، وإذا اجتمعا كان لهما الاستيفاء، فكذلك هذا، فأما ههنا لا مساواة بين الحقوق، فإن حق الغريم مقدم على حق المولى وحق العبد، فلا يمكن القول بثبوت الشركة بينهم؛ لأن الشركة تقتضي المساواة، ولا يمكن إثبات القصاص لكل واحد منهم على الانفراد؛ لما بيّنا، فامتنع وجوب القصاص -والله أعلم-.

١٨٩٨٩- وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا جنى عبد رجل جناية، فقتل رجلا خطأً، فأذن له مولاه بعد ذلك في التجارة وهو يعلم بالجناية أو لا يعلم، فاشترى العبد بعد ذلك، وباع فلحقه دين، فإنه لا يكون هذا من المولى اختيارًا للفداء، وإن أحدث المولى في العبد تصرفًا قد يزيل العبد عن ملكه وهو عالم بالجناية؛ لأن المولى متى أحدث في العقد تصرفًا، وهو عالم بالجناية، إنما يصير مختارًا للفداء إذا كان ما أحدث

من التصرف في العبد تصرفًا يعجزه عن الدفع ، بأن كان تصرفًا يزيل العبد عن ملكه لامحالة ، فأما إذا كان أحدث تصرفًا لاتعجزه ذلك عن الدفع لامحالة ، فإنه لا يصير مختارًا ، ألا ترى أنه لو وطئ الجارية ، أو آجر ، أو رهن وهو عالم بالجناية ، فإنه لا يصير مختارًا للفداء ، وإن أحدث الجانى تصرفًا وهو عالم بالجناية ؛ لأن هذا التصرف مما لا يعجزه عن الدفع ، فكذا الإذن في التجارة ، لا يعجزه عن الدفع ؛ لأنه يمكنه الدفع بعد الإذن لحقه الدين ، أو لم يلحقه ؛ لأن العبد باقٍ على ملكه قبل لحوق الدين وبعد لحوق الدين .

فإن قيل : الإذن بعد لحوق الدين مما يعجزه عن الدفع ، فإنه متى لحقه الدين يباع بالدين في يد أصحاب الجناية ، فتفوت[1] الدفع .

قلنا : لا يفوت[2] الدفع لامحالة ؛ لأنه ربما يقضى المولى الدين ، أو يبرئ الغرماء العبد عن الدين ، فيبقى العبد سالـمًا للمولى ، فبلحوق الدين لا يفوت[3] الدفع لامحالة ، فلا يصير به مختارًا للفداء ، وهذا كما قالوا في عبد لرجل جنى جناية ، ثم إن المولى حفر بئرًا على قارعة الطريق وهو عالم بجناية العبد ، فوقع فيه العبد الجانى فمات : فإنه لا يصير مختارًا للفداء بالحفر ، وإن حفر وهو عالم بجناية العبد ، لأن الحفر ليس بالذى يوجب سقوط العبد الجانى في البئر لامحالة ، فإنه قد يسقط وقد لا يسقط ، فلم يصر بالحفر مختارًا للفداء ، فكذلك هذا بخلاف ما لو باع ، أو أعتق وهو عالم بالجناية ؛ لأن هذا مما يعجزه عن الدفع لامحالة ، فيصير به مختارًا للفداء متى كان عالـمًا بالجناية ، وإذا لم يصر مختارًا يقال للمولى بعد هذا : إما أن تدفع أو تفدى ، فإن فدى بالأرش لأصحاب الجناية بيع العبد بين الغرماء ، ولم يكن لأحد على المولى سبيل ؛ لأنه وصل إلى كل ذى حق حقه ، وإن لم يفد ودفع العبد إلى أصحاب الجناية كان للغرماء أن يبيعوا العبد ، فيبيعونه بدينهم إلا أن يقضى أصحاب الجناية دين الغرماء ، فإن قضوا دين العبد ، أو لم يقضوا وبيع العبد كان لهم أن يرجعوا على المولى بالأقل من قيمة العبد ومن

(١) هكذا في ظ وف ، وكان في الأصل وم : "فيتقرر" .

(٢) هكذا في ظ وف ، وكان في الأصل وم : "لا يتقرر" .

(٣) هكذا في ظ وف ، وكان في الأصل وم : "لا يتقرر" .

الدين ؛ لما بيّنا أن العبد استحق بتصرف وجد من المولى ، بعد ثبوت حقهم على وجه لم يصر مختاراً للفداء ، فصار ضامناً للقيمة كما لو باع ، وأعتق وهو يعلم بالجناية بخلاف ما لو استخدمه المولى ، وهلك من الاستخدام ، فإن المولى لا يضمن لأولياء الجناية شيئًا ، وذلك لأن خدمة المولى مما لا توجب استهلاك العبد فى العام الغالب ، ومتى كان حصل به الاستهلاك كان نادراً ، فلا يكون له عبرة ، وإذا لم يكن للاستهلاك عبرة صار كأن العبد مات حتف أنفه .

١٨٩٩٠- فأما الإذن فى التجارة سبب للحوق الدين فى الغالب ، وإذا كان موضوعًا لإيجاب الدين فى الغالب ، صار المولى بالإذن بعد ثبوت حقهم فى العبد مستهلكًا عليهم حقهم فى العبد على وجه ، لم يصر به مختاراً ، فصار ضامنًا قيمة العبد لهم كما لو باع ، أو أعتق وهو يعلم بالجناية ، وهذا بخلاف ما لو أذن له فى التجارة فلحقه دين ، ثم جنى بعد لحوق الدين ، ودفع المولى العبد إلى أصحاب الجناية ، ثم بيع العبد بعد الدفع بدين الغرماء لا يكون لأصحاب الجناية أن يرجعوا على المولى بشيء ؛ لأنه وصل إليهم حقهم[1] ؛ لأن حقهم ثبت فى يد عبد مشغول يباع بالدين ، وقد وصل إليهم ذلك ، فأما إذا كانت الجناية قبل لحوق الدين ، فحقهم ثبت فى عبد فارغ عن الدين ، وإنما صار مشغولا من جهة المولى بعد ثبوت حقهم ، وصار المولى ضامنًا .

وكل جواب عرفته فيما إذا جنى ، ثم أذن المولى له فى التجارة بعد الجناية ، فهو الجواب إذا جنى وهو مأذون ، وليس عليه دين ، فلم يحجره المولى حتى لحقه الدين ، ودفع بالجناية ، ثم بيع العبد بدين الغرماء كان لأصحاب الجناية الرجوع على المولى بقيمة العبد كما لو أذن له فى التجارة بعد الجناية ولحقه دين ، وبيع بالدين ؛ لما عرف غير مرة أن لبقاء الإذن حكم الابتداء ، وإذا كان لبقاءه حكم ابتداء الإذن كان الجواب فيما إذا أقره على الإذن بعد الجناية ، ولا دين عليه كالجواب فيما لو أذن له إذنًا ابتداء بعد الجناية ولحقه دين سواء ، قال : فإن كان المولى أذن له فى التجارة ، وقيمته ألف درهم ولحقه دين ألف درهم ، ثم جنى جناية ، فإن المولى يدفع عبده بالجناية ، فإذا دفع وبيع بدين الغرماء لا يكون لأصحاب الجناية أن يرجعوا على المولى بقيمة العبد ، بخلاف ما

---

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى غيرها : "وصل إليهم قدر حقهم" .

لو كانت الجناية سابقة على الدين، فإنهم يرجعون على المولى بقيمة العبد على ما بيّنا .

١٨٩٩١ - قال : ولو كان العبد لحقه دين ألف درهم قبل الجناية وألف درهم بعد الجناية، ثم دفع العبد بالجناية، وبيع بالدينين جميعًا، فإن أصحاب الجناية يرجعون على المولى بنصف قيمة العبد حصة أصحاب الدين الآخر ؛ وذلك لأن الدينين جميعًا لو وجبا قبل الجناية، ثم جنى ودفع بالجناية، ثم بيع بالدينين كان لا يرجع أصحاب الجناية على المولى بشيء، ولو وجب الديناان بعد الجناية ودفع بالجناية، ثم بيع العبد بالدينين جميعًا، فإن أولياء الجناية يرجعون على المولى بجميع قيمة العبد، فإذا وجب أحد الدينين قبل الجناية والآخر بعدها وبيع العبد بالدينين كان لكل دين حكم نفسه .

وكذلك الجواب فيما إذا جنى العبد جناية خطأ، ثم رآه المولى بعد ذلك يبيع ويشترى، فسكت ولم ينهَه كان الجواب فيه كالجواب فيما لو أن أذن له المولى ؛ لأن سكوت المولى حال ما يرى عبده يبيع ويشترى إذن للعبد فى التجارة حكمًا، فيعتبر بما لو أذن له صريحًا .

فإن قيل : أليس فى حق الحنث لم يجعل السكوت بمنزلة صريح الإذن، فإن من حلف لا يأذن لعبده فى التجارة، ثم رآه ويبيع ويشترى، فسكت لا يحنث فى يمينه، ولم يجعل السكوت بمنزلة صريح الإذن فى حق الحنث، فكذا فى حق إيجاب الضمان على المولى يجب أن لا يجعل السكوت بمنزلة صريح الإذن .

قلنا : حكى عن الفقيه أبى بكر البلخى رحمه الله : أنه سئل عن هذه المسألة، فقال : القياس أن يحنث، وفى الاستحسان لا يحنث ؛ لأن الإذن وإن وجد حكمًا لا يوجد حقيقة، وشرط الحنث الإذن حقيقة وحكمًا، فأما الضمان على المولى بصريح الإذن بعلة أن الرقبة استحقت بسبب وجد من المولى بعد ثبوت حقهم على وجه لم يصر مختارًا للفداء[1]، وهذا المعنى موجود بعينه متى رآه يبيع ويشترى فسكت .

١٨٩٩٢ - وذكر القدورى مسألة الحنث فى شرحه، وذكر فيها خلافًا بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، فقال على قول محمد رحمه الله : يحنث فى يمينه، وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه لا يحنث .

(١) هكذا فى ف، وكان فى غيرها : "مختار الفداء".

١٨٩٩٣ - وإذا قتل العبد المأذون له أو المحجور رجلا خطأ، ثم أقر عليه المولى بدين، فهذا لايكون منه اختياراً للفداء؛ لأن الإقرار بالدين على العبد لا يعجز المولى عن دفعه؛ لأنه مع الدين يمكنه الدفع، فلا يصير مختاراً للفداء وإن كان عالماً بالجناية وقت الإقرار، وإذا لم يصر مختاراً للفداء، يقال للمولى: إما أن تدفع أو تفدى، فإن فدى لأصحاب الجناية بيع العبد بالدين للغرماء، ولا يبقى لواحد منهما على المولى سبيل؛ لأن كل ذى حق وصل إلى حقه، فإن لم يفده، ودفع إلى أصحاب الجناية، فإن الغرماء يبيعون العبد بدينهم إلا أن يفديه أصحاب الجناية؛ لأن أولياء الجناية قاموا مقام المولى، وكان العبد يباع على المولى بدين الغرماء إلا أن يقضى المولى دينهم، فكذا يباع على أصحاب الجناية.

ولو كان المولى أقر عليه بقتل رجل خطأ، ثم أقر عليه بقتل رجل آخر خطأ، وكذب أصحاب الجناية الأولى المولى فى إقراره بالجناية الثانية، فإنه يقال للمولى: ادفع العبد إلى أولياء الجنايتين أو افده؛ لأن الإقرار الثانى من المولى قد صحّ؛ لأن الإقرار بالجناية الثانية إقرار بما يوجب تمليك العبد من أولياء الجناية الثانية، ولو ملك المولى العبد بعد ما أقرّ بالجناية الأولى من غيره بهبة أو بيع جائز، ولا يكون لأولياء الجناية الأولى نقض ذلك، فكذا إذا أقر بما يوجب تمليكه من غيره إلا أنه إذا باع، أو وهب من غيره بعد الإقرار بالجناية الأولى يصير مختاراً للفداء لأولياء الجناية الأولى، وههنا لا يصير مختاراً للفداء لأولياء الجناية؛ لأن الإقرار بالجناية لا يعجز المولى عن الدفع، فإن بعده يمكنه الدفع إلى أولياء الجناية الأولى، ولا كذلك البيع[1] أو الهبة، فإن بعد البيع والهبة يعجز عن الدفع إلى أولياء الجناية الأولى، وكل تصرف يحدثه المولى فى العبد لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختاراً للفداء، فإن أحدثه مع العلم بالجناية، وكل تصرف يحدثه المولى فى العبد يعجزه عن الدفع مع علمه بالجناية يصير به مختاراً للفداء.

وإذا صحّ الإقرار الثانى من المولى صار كأن المولى أقر بالجنايتين، فيقال للمولى: ادفعه إلى أولياء الجنايتين أو افده بدينهما، فإن دفع العبد إليهما رجع أولياء الجناية الأولى على المولى بنصف قيمة العبد؛ لأنه استحق نصف العبد من يد أولياء الجناية الأولى بعد

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "أو الهبة".

ثبوت حقهم فى جميع العبد بسبب وجد من المولى على وجه لم يصر مختاراً للفداء، فيضمن قيمة ذلك كما لو باع أو وهب .

١٨٩٩٤- فرق بين هذا وبينهما إذ كان على العبد دين معروف، أو ثبت بإقرار المولى محيط برقبته، فأقر المولى بالجناية على العبد أو بدين آخر، فإنه لا يصحّ إقراره، وقد قال: فيما إذا كان على العبد جناية معروفة أو جناية ثبت بإقرار المولى، فأقرّ المولى عليه بجناية أخرى أنه يصحّ إقراره .

والفرق أن دين العبد يمنع المولى من تمليك العبد من غيره إلا برضاء الغرماء، ألا ترى أنه لو وهبه من غيره أو باعه من غيره كان للغرماء أن ينقضوا ذلك على المولى، فكذلك يمنعه عن الإقرار بما يوجب تمليكه من الغير، فأما الجناية فى ذمة العبد لا يمنع المولى من تمليك العبد من غير رضا أولياء الجناية، ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه من غيره لا يكون لأولياء الجناية أن ينقضوا ذلك على المولى، فكذلك لا يمنعه عن إقراره بما توجب تمليكه من الغير .

١٨٩٩٥- ولو كان العبد قتل رجلا عمداً وعليه دين، فصالح المولى أصحاب الجناية على أن يجعل لهم العبد بحقهم كان هذا الصلح باطلا فى حق الغرماء، حتى لا يسلم رقبته لوليّ القصاص إلا برضا الغرماء، أما أن يكون جائزاً فى حق وليّ القصاص حتى يسقط القصاص، أما بطلان الصلح فى حق الغرماء فظاهر ؛ لأن المولى بهذا الصلح قصد تمليك العبد من وليّ القصاص، وقد ذكرنا أن دين العبد يمنع المولى من تمليك العبد من غيره إلا برضا الغرماء، فكذا يمنعه من تمليكه من وليّ القصاص إلا برضا الغرماء .

أما جواز الصلح فى حق وليّ القصاص فلأن العفو من وليّ القصاص حصل بغير بدل، وكما يصحّ العفو ببدل يصحّ بغير بدل، وإنما قلنا: حصل العفو بغير بدل؛ لأنه صالح مع المتبرّع على بدل لا يقدر المتبوع على تسليمه، وفى مثل هذا يقع العفو مجانًا كما لو وقع الصلح مع المتبرّع خمر أو خنزير، وهذا لأن الصلح إذا وقع على بدل لا يقدر المتبرع على تسليمه لا يجب على المتبرّع تسليم عين مال تبرّع به لعجزه عن ذلك، ولا يجب عليه تسليم القيمة أيضًا؛ لأنه ما تبرع بالقيمة، فكان العفو واقعًا بغير بدل .

وإنما جعلنا المولى متبرّعًا؛ لأن المولى بهذا الصلح لا يحصل لنفسه شيئًا؛ لأن

العبد مستحق بالدين متى ظهر عن الجناية، والمستحق على إنسان كالزائل عن ملكه من حيث الحكم والاعتبار، ولو كان زائلا عن ملكه من حيث الحقيقة بأن كان باع العبد، ثم صالح عن قصاص وجب على العبد ببدل لا يقدر على تسليمه يجعل هو متبرّعًا حتى لا يجب عليه شيء كذا ههنا.

وإنما قلنا: إن البدل غير مقدور التسليم على المصالح وهو المولى؛ لأنه جعل بدل الصلح رقبة العبد، ورقبة العبد غير مقدور التسليم على المولى لكونها مشغولة بحق الغرماء، وإذا سقط القصاص يباع العبد بدين الغرماء، فإن بقى شيء من ثمنه يكون ذلك لأولياء الجناية؛ لأن حكم البدل حكم المبدل، وهم قد استحقوا نفس العبد بالصلح متى سقط حق صاحب الدين عنه، ألا ترى أن صاحب الدين لو أبرأ العبد عن الدين كان العبد سالمًا لأصحاب الجناية، فكذا يسلم لهم ما يفرغ عن صاحب حق الدين من بدله، وإن لم يبقَ من ثمنه، فلا شيء لصاحب الجناية على المولى، ولا على العبد لا في حال رقّه، ولا بعد العتق -والله أعلم-.

الفصل الثانى والعشرون
فى بيان ما يبطل به الإذن

١٨٩٩٦- يجب أن يعلم بأن الإذن يبطل بالحجر، ولكن بشرط أن يكون الحجر مثل الإذن حتى إنه إذا كان الإذن عامًا بأن علم الإذن أهل سوقه، فإنما يعمل الحجر إذا كان عامًا، بأن علم بالحجر الأكثر من أهل السوق، ولا يعمل إذا كان دونه بأن حجره فى بيته أو عند رجل واحد أو رجلين أو ثلاثة، علم العبد بذلك أو لم يعلم، أما إذا لم يعلم العبد إنما يعمل هذا الحجر نفيًا للغرور والضرر عن أهل السوق وعن العبد، أما عن العبد فلأنه يباع بناء على أنه مأذون، وأن ما يجب عليه من الدين يستوفى فى حال رقه من مال المولى، فمتى صحّ الحجر بغير علم العبد يتأخر حقوق الغرماء إلى ما بعد العتق، ويستوفى الكل من خالص ملك العبد، والعبد لم يرض بذلك.

وأما عن أهل السوق فلأنهم يبايعون العبد بناءً على أنه مأذون، وأن ما يجب على العبد يستوفى فى الحال من رقبته وكسبه، فلو صحّ الحجر من غير علم أهل السوق يتأخر حقهم إلى ما بعد العتق، ولم يوجد منهم الرضا بذلك، فيلحقهم غرور وضرر.

وإن علم العبد بالحجر، فإنما لا يعمل هذا الحجر نفيًا للغرور والضرر عن أهل السوق، وإنما كان الإذن خاصًا غير منتشر فيما بين أهل سوقه بأن أذن للعبد بمحضر من رجل واحد أو اثنين أو ثلاثة، فإذا حجره بمحضر من هؤلاء وعلم العبد، عمل حجره؛ لأن مثل هذا الحجر لا يتضمن إلحاق الضرر والغرور بغيره، وإن كان الإذن بحضرة العبد لا غير فحجره بحضرة منه يعمل حجره، وإن حجره من غير عمله لا يعمل حجره نفيًا للغرور والضرر عنه.

فإن قيل: إذا كان الإذن عامًا، وحجر على العبد بمحضر من رجل واحد أو اثنين أو ثلاثة ينبغى أن يصح الحجر فى حق هؤلاء الذين علموا بالحجر إذ لاضرر ولا غرور فى حقهم.

قلنا : إنما لا يصحّ الحجر فى حق هؤلاء الذين علموا بالحجر ؛ لأن الحجر لم يعمل فى حق الذين لم يعلموا ، وبقى العبد مأذونًا فى حقهم نفيًا للضرر والغرور عنهم ، وإذا بقى الإذن فى حق الذين لم يعلموا بقى الإذن فى حق الناس ؛ لأن الإذن بالتجارة لا يتجزأ ، ألا ترى أن فى الابتداء لا يتجزأ ؛ فكذا فى الانتهاء .

فإن قيل : هذا القدر ليس بصحيح ، فإن الإذن إن كان عامًا ، وحجر عليه بمحضر الأكثر من أهل السوق يصير العبد محجورًا ، ولو كان ما ذكرتم من المعنى صحيحًا ينبغى أن لا يصير محجورًا ؛ لأن الحجر لم يعمل فى حق الذين لم يعلم بالحجر ، وبقى الإذن فى حقه ، فيبقى الإذن فى حق الباقين ضرورة عدم التجزئ .

قلنا : قضية القياس هكذا ، ألا ترى أنا تركنا القياس ثمة لضرورة ، فإن تبليغ الحجر إلى كل واحد من أهل السوق متعسر ، فأقمنا تبليغ الحجر إلى الأكثر مقام تبليغ الحجر إلى الكل ، ألا ترى أن النبى عليه الصلاة والسلام كان مأمورًا بتبليغ ما أنزل الله عليه إلى الناس كافة ، ولم يبلغ إلى الكل إنما بلغ إلى الأكثر ، وقام التبليغ إلى الأكثر مقام التبليغ إلى الكل ، كذا ههنا ، وإذا أذن لعبده وعلم العبد به ، ثم حجر عليه ولم يعلم العبد بالحجر لا يعمل حجره ؛ لأن هذا الحجر دون الإذن ، وإن أذن لعبده ولم يعلم العبد بالإذن ، ثم حجر عليه ، ولم يعلم العبد بالحجر عمل حجره ؛ لأن هذا الحجر مثل الإذن .

١٨٩٩٧- وإذا باع المولى العبد المأذون وقد لحقه دين أو لم يلحقه دين وقبضه المشترى صار العبد محجورًا ، يجب أن يعلم بأن العبد المأذون إذا لم يلحقه دين حتى باعه المولى يصير العبد محجورًا بنفس البيع ؛ لأن بنفس البيع يزول العبد عن ملك المولى ؛ لأن البيع نافذ من المولى إذا لم يكن على العبد دين[1] ؛ لأنه يبيع خالص ملكه ، ولم يتعلق به حق الغير ، والبيع النافذ يوجب زوال المبيع عن ملك المولى ، وإذا زال العبد عن ملك المولى بنفس البيع صار محجورًا بنفس البيع ؛ لأن لبقاء الإذن حكم الابتداء ، ولهذا قالوا : إذا جنّ المولى حجر العبد ، وإذا كان لبقاء الإذن حكم الابتداء ، لا يبقى الإذن بعد زوال العبد عن ملكه كما لا يصح الإذن ابتداء بعد زوال العبد عن ملكه ، وإن

---

(١) هكذا فى ف وم ، وكان فى الأصل : "إلا أنه" .

كان على العبد دين، وقد باعه المولى بغير إذن الغرماء، لا يصير محجوراً بنفس البيع حتى يقبضه المشترى؛ لأنه إذا كان على العبد دين، فبيع المولى بغير إذن الغرماء يكون فاسدًا، والبيع الفاسد لا يزيل الملك إلا بالقبض، فما لم يقبضه المشترى لا يصير العبد محجوراً، فهذه المسألة إشارة إلى أن بيع العبد المأذون المديون بغير إذن الغرماء فاسد، وقد مرّ الكلام فيه.

١٨٩٩٨ - ثم العبد يصير محجوراً ببيع المولى وإن لم يعلم به أهل السوق؛ لأن هذا حجر ثبت حكمًا للبيع لا مقصودًا؛ لأن الحجر ثبت بالبيع، والبيع فى الأصل لم يوضع للحجر، ألا ترى أن البيع يصحّ وإن كان لا يثبت الحجر بأن لم يكن العبد مأذونًا، وإذا لم يكن البيع موضوعًا للحجر كان ثبوت الحجر به حكمًا لزوال ملك المولى لا مقصودًا كبيع الموكل لما وكّل ببيعه، عزل الوكيل حكمًا لا قصدا؛ لأن البيع لم يوضع للعزل، كذا ههنا، قلنا: ويجوز أن يثبت الشىء حكمًا لغيره وإن كان لا يثبت مقصودًا كعزل الوكيل وهو غائب لا يثبت مقصودًا، ويثبت حكمًا لغيره، وأحد المفاوضين لا يملك إخراج نفسه عن المفاوضة مقصودًا حال غيبة شريكه، ويملكه حكمًا لغيره بأن يطلب من غيره حتى يهب له درهما فيهبه له.

وكذلك لو وهب المولى العبد المأذون من رجل وقبضه الموهوب له يصير محجوراً، فلو أنه رجع فى الهبة لا يعود الإذن، فكذلك فى فصل البيع لو أن المشترى وجد بالعبد عيبًا وردّه بقضاء قاضٍ لا يعود الإذن إليه وإن عاد إليه قديم ملكه، والموكل ببيع عين من أعيان ماله إذا باع ذلك العين بنفسه قبل بيع الوكيل، ثم إن المشترى وجد بالعبد عيبًا، وردّه على الموكل بقضاء القاضى عادت الوكالة.

١٨٩٩٩ - والفرق من وجهين: أحدهما: أن يعود العبد إلى قديم الملك إنما يعود ما كان من حق المالك، فأما ما كان من حق غيره فلا، ألا ترى أن من أعار من غيره عبد ليرهنه، وسلّمه إليه، فقبل أن يرهن المستعير باع صاحب العبد العبد من غيره، أو وهبه منه، ثم عاد إليه قديم ملكه لاتعود العارية لهذا[١]؛ لأن العارية حق غير المالك، إذا ثبت هذا، فنقول: الإذن حق العبد؛ لأنه متصرف لنفسه بحكم فكّ الحجر لا بحكم النيابة

---

(١) وكان فى حاشية ظ : "بهذا الإذن".

عن المولى بعد العتق، فكان الإذن حق العبد من هذا الوجه فلا يعود وإن عاد إلى المولى قديم ملكه، وأما الوكالة حق الموكل؛ لأن الوكيل يبيع للموكل لا لنفسه، والردّ بالعيب حق الموكل أيضًا؛ لأنه يردّ المعيب ويستردّ الثمن، فجاز أن يعود متى عاد العبد إلى قديم ملكه.

الفرق الثاني: أن العبد نال مقصوده من الإذن؛ لأن مقصود الإذن من العبد فك الحجر، وقد انفك الحجر بنفس الإذن بحيث لا يعود؛ لأن فك الحجر إسقاط الحجر، ولهذا جاز تعليق الإذن بالإخطار كالطلاق والعتاق، وما سقط وتلاشى لا يتصور عوده، والحجر الذى عاد بالبيع حجر آخر غير الحجر الذى سقط بالإذن، فكان بمنزلة من أعتق عبده الذمى، ثم إنه نقض العهد، واسترقه المعتق ثانيًا، فإنه يثبت حجر آخر بسبب الرق الذى أحدثه فيه غير ما كان سقط بالعتق، فإذا نال العبد مقصوده من الإذن لا يعود الإذن وإن عاد إليه قديم الملك، وهو نظير ما لو وكّل رجلا بأن يكاتب عبدًا له، فكاتبه الوكيل، ثم عجز العبد وردّ رقيقًا، فإن الوكالة بالكتابة لا تعود وإن عاد قديم الملك إلى الموكل؛ لأن الموكل نال مقصوده من الوكالة وهو الكتابة، كذا هذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا لم يبع حتى باعه الموكل، ثم عاد العبد إلى قديم ملكه؛ ولأن الموكل لم ينل مقصوده؛ لأن مقصوده بيع الوكيل هذا العبد، ولم يبع فجاز أن يعود إلى[1] الوكالة إذا عاد إلى الموكل قديم ملكه، وزان مسألة الوكيل من مسألة الإذن أن الوكيل باع العبد، ثم ردّ على الوكيل بعيب بقضاء القاضى، وهناك لا تعود الوكالة أيضًا.

١٩٠٠٠- وإذا حجر المولى على عبده بمحضر من أهل سوقه والعبد غائب، فأرسل المولى إليه رسولا يخبره بالحجر، فأخبره بذلك صار العبد محجورًا سواء كان الرسول حرّا أو عبدًا، رجلا أو امرأة، عدلا أو فاسقًا، وكذلك إذا كتب إليه كتابًا ووصل إليه الكتاب صار محجورًا سواء وصل إليه الكتاب على يدى حر أو عبد، رجل أو امرأة، عدل أو فاسق؛ لأن الرسالة والكتاب من الغائب بمنزلة المشافهة من الحاضر، ألا ترى أنا نقول: الله تعالى خاطبنا بكذا وإن كان ذلك بواسطة الرسل والكتاب، ألا ترى أن رسول الله ﷺ كان مأمورًا بتبليغ الرسالة إلى كافة الناس، ثم كتب إلى ملوك الآفاق،

---

(١) زيد من ف وم.

فأرسل إليهم رسلا يدعوهم إلى الدين الحق، وكان ذلك تبليغا تامًا دلّ على أن الرسالة والكتاب من الغائب بمنزلة المشافهة من الحاضر، ولو شافهه المولى بالحجر، أليس إنه يصير محجورًا عدلا كان الرسول أو فاسقًا، رجلا أو امرأة، كذا هذا.

توضيحه: أن فيه ضرورة وبلوى؛ لأن الإنسان قد يبدو له حجر عبده حتى لا يستغرق رقبته وكسبه بالدين، وربما لا يجد حرًا عدلا أو رجلا يبعث إليه بكتابه لو لم يصر محجورًا إذا كان الرسول فاسقًا[1]، أو امرأة، أو صبيًا أدّى ذلك إلى إبطال حقوق الناس، فلهذه الضروة أسقطنا اعتبار العدالة والحرية والذكورة.

١٩٠٠١- هذا هو الكلام فى الرسول والفسخ، فإن أخبره رجل من تلقاء نفسه، فإن فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله: لا يثبت الحجر حتى يخبره بذلك رجلان أو رجل عدل يعرف العبد عدالته، وفى قياس قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: يصير محجورًا أخبر بذلك رجلان، أو رجل حرًا، أو عبدًا، أو صبىّ، أو امرأة بعد أن يكون الخبر حقًا، ومعنى قوله: بعد أن يكون الخبر حقًا أن يجىء المولى بعد ذلك، ويقر بالحجر، أما لو أنكر الحجر لا يصير محجورًا.

فالحاصل أن أباحنيفة رحمه الله يشترط أحد وصفى الشهادة، إما العدد أو العدالة، وهما لا يشترطان شيئًا من ذلك، فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قاسا الحجر على الإذن، فإن الإذن فى التجارة يثبت بخبر الواحد بالإجماع فكذا الحجر، وقاسا المخبر على الرسول، وأبو حنيفة رحمه الله يحتج بظاهر قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إن جَاءَكُم فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾[2]، وفى قرأة «فتثبتوا» والتثبت هو التوقف، فالله تعالى أمرنا بالتوقف فى خبر الفاسق، ولو كان خبر الفاسق حجة لم يكن للأمر بالتوقف فى خبره معنى، ولأن الحجر لاتخلو إما تعتبر بالمعاملات أو بالديانات أو بحقوق الناس التى لا تثبت إلا بالشهادة، فإن اعتبرناها بالديانات لا يثبت بخبر الفاسق، ألا ترى أنه لو روى حديثًا عن النبى ﷺ فى الحل والحرمة لا يعمل بروايته، وإن اعتبرناه بالمعاملات لا يثبت بمجرد خبره أيضًا، ألا ترى أن الفاسق لو قال لغيره: هذه الجارية ملك فلان وكّلنى

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "أو الفسخ امرأة أو صبيًا".

(٢) سورة الحجرات: الآية ٦.

ببيعها، أو قال: أرسلها إليك هدية لايحلّ أن يشترى منه وإن يقبل الهدية منه، وإن اعتبرناه بحقوق الناس لا يثبت بمجرّد خبره، والكلام فيه ظاهر بخلاف ما إذا كان المخبر واحدًا عدلا؛ لأن خبر العدل جعل حجة فى الديانات والمعاملات، وبخلاف ما إذا كان المخبر رجلين فاسقين؛ لأنه يجوز أن نقضى بشهادة الفاسق، ففى المعاملات أولى.

وكان القياس فى الرسالة كذلك، إلا أنا تركنا القياس فيه للضرورة على نحو ما بيّنا، ولا ضرورة فى الإخبار، فيردّ الإخبار إلى ما يقتضيه القياس، وقوله: بأن الإذن يثبت بخبر الواحد وإن كان فاسقًا، قلنا: حكى عن الفقيه أبى بكر البلخى: أن الإذن والحجر عند أبى حنيفة رحمه الله واحد، وفى "الزيادات" فى أبواب البيوع: أن فى الخبر بالإذن والتوكيل لايشترط عدد المخبر ولا عدالته، وفى الخبر بالحجر والعزل يشترط عدد المخبر وعدالته.

ذكر المسألة مطلقًا من غير ذكر الخلاف، فإن كان ما ذكر فى "الزيادات" قول محمد رحمه الله وهو الظاهر ثبت رجوع محمد رحمه الله فى مسألة الحجر والعزل، ويحتاج إلى الفرق بين الخبر بالحجر والعزل وبين الحجر بالإذن والتوكيل.

والفرق أن الحجر ملزم، وكذلك العزل، فإنهما يوجبان الامتناع عن التصرف، فكان للمخبر عنهما شبهًا بالشهادة، فيشترط فيه أحد وصفى الشهادة، أما الإذن والتوكيل لا يلزمان شيئًا، بل يجوزان التصرف، فلم يكن للمخبر عنهما شبهًا بالشهادة، فلا يشترط أحد وصفى الشهادة.

١٩٠٠٢- وإذا أبق العبد المأذون صار محجورًا عليه عند علمائنا الثلاثة؛ لأن الإباق يمنع ابتداء الإذن فيمنع البقاء، وإنما قلنا: يمنع ابتداء الإذن؛ لأن من شرط صحة الإذن فى جانب العبد أن يكون للآذن عليه ولاية البيع؛ لأن الإذن فى التجارة بيع لرقبة العبد وكسبه من حيث المعنى ممن يباع معه؛ لأنه بالإذن يتعلق ديونهم برقبته وكسبه، فكان الإذن بيعًا لرقبته وكسبه معنى ممن يباع معه من هذا الوجه، والإباق[1] يزيل ولاية البيع من العبد وغيره، فيمنع الإذن، فهو معنى قولنا: إن الإباق يمنع ابتداء الإذن.

فإن قيل: الإباق لا يمنع البيع ممن فى يده.

---

(١) وفى ظ "والإذن يزيل".

قلنا : لا جرم لا يمنع الإذن بالتجارة مع من في يده ، وأما الغصب : هل يمنع ابتداء الإذن؟ فالجواب فيه على التفصيل ، إن بقى للمالك فيه إمكان الأخذ بأن كان الغاصب مقرًا ، أو كان للمالك بينة حاضرة عادلة لا تمنع ابتداء الإذن ؛ لأنه إذا بقى له إمكان الأخذ كانت ولاية البيع في رقبته وكسبه من الغاصب ، وغيره قائمة ، فيصح الإذن ، فكذلك يبقى الإذن ، وإن لم يبقَ للمالك إمكان الأخذ بأن كان الغاصب جاحدًا ولم يكن له على ذلك بينة يمنع ابتداء الإذن لزوال ولاية البيع في كسبه ورقبته ، فيمنع بقاء الإذن أيضًا ، فإن عاد العبد من الإباق هل يعود الإذن؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الأصل في الكتاب .

وقد اختلف المشايخ فيه ، والصحيح أنه لا يعود ، فإن كان العبد باع ، واشترى في حال إباقه لم يلزمه شيء من ذلك ؛ لأنه باع واشترى وهو محجور في رقبته وكسبه .

فإن قال الذي بايع العبد : إن العبد لم يكن آبقًا ، وقال المولى : كان آبقًا ، فالقول قول الذي بايعه ، وعلى المولى البينة أن عبده كان آبقًا ، وإنه باع واشترى منه في حال إباقه ؛ لأن الذي بايع العبد متمسك بما كان ثابتًا باتفاقهما وهو الإذن ، وسبب الحجر عارض متنازع فيه ، فيكون القول قول من ينكره .

وإن أقاما البينة ، فالبينة بينة الذي بايعه أيضًا ؛ لأن العمل بالبينتين غير ممكن ؛ لأن كونه آبقًا وغير آبق في وقت واحد مما لا يتحقق ، فتعذر العمل بالبيّنتين من هذا الوجه ، فعمل بالراجح منهما ، والراجح بينة من بايعه ؛ لأنها تثبت جواز البيع .

وإن اتفق المولى ، والذي بايع العبد على الإباق إلا أن الذي بايع العبد قال : بعت منه قبل الإباق ، وقال المولى : بعت منه بعد الإباق ، فالقول قول البائع أيضًا ؛ لأن الإباق عارض ، والأصل في العوارض أن يحال بحدوثها على أقرب الأوقات حتى يتبيّن أنه قبل ذلك ، فالذي ادّعى حدوثه لأقرب الأوقات هو المتمسك بالأصل ، فكان القول قوله ، فإن أقاما البينة فالبينة بينة البائع أيضًا ؛ لأنها أكثر إثباتا على ما ذكرنا ، فإن أقام المولى بينة أنه أبق منه إلى موضع كذا وأقام الذي بايع العبد بينة أن المولى أرسله إلى ذلك الموضع ليشترى فيه ويبيع ، فالبينة بينة البائع أيضًا لما قلنا .

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٩٠٠٣- العبد المأذون إذا اشترى عبدًا، وأذن له في التجارة حتى صحّ الإذن، ثم إن المولى حجر على أحدهما إن حجر على الثاني لا يصحّ حجره، سواء كان على الأول دين أو لم يكن، إن كان على الأول دين، فلأن الآذن للعبد الثاني إذا كان على الأول دين هو الأول دون المولى عندهم جميعًا؛ لأن المولى لو أذن بالتجارة للثاني، وعلى الأول دين لا يصحّ إذنه عندهم جميعًا كما لا يجوز بيعه، أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه لا يملك إكسابه، وأما عنده فلأنه ممنوع عن إكسابه، وإذا لم يكن المولى آذنًا له كان حجر المولى عليه وحجر أجنبي آخر سواء.

وإن لم يكن على الأول دين فلان المولى وإن جعل آذنًا للثاني؛ لأنه لو أذن للثاني في هذه الحالة يصحّ إذنه، والأول إنما قدر على الإذن للثاني من جهة المولى إلا أن المولى كما صار آذنًا له فالأول صار آذنًا له أيضًا، ولا يمكن أن يجعل الأول في الإذن للثاني عاملا للمولى؛ لأن المأذون يتصرف لنفسه بحكم المالية الأصلية، وإذا كان هكذا صار العبد مأذونًا من جهتهما، فلا يصير محجورًا بحجر المولى خاصة.

وإن حجر المولى على العبد الأول لاشك أن الأول يصير محجورًا، وهل يصير الثاني محجورًا؟ إن كان على الأول دين يصير محجورًا؛ لأنه إذا كان على الأول دين فالآذن للثاني هو العبد الأول، وقد زالت ولاية الأول بالحجر، فينحجر الثاني كالحرّ إذا أذن لعبده، ومات لما زالت ولايته بالموت ينحجر العبد، كذا هنا، وإن لم يكن على الأول دين لا يصير الثاني محجورًا؛ لأن الثاني في هذه الصورة صار مأذونًا من جهة العبد الأول، ومن جهته المولى فلايصير محجورًا بزوال ولاية العبد عنه.

فإن قيل: أليس أن العبد الأول لو حجر على العبد الثاني انحجر، ولو صار العبد مأذونًا من جهة الأول، والمولى، ينبغي أن لا ينحجر بحجر الأول وحده.

قلنا: إنما انحجر؛ لأن حجر الأول جعل كحجرهما كما أن إذن الأول للثاني

جعل كإذنهما، ؛ لأن الإذن الأول إنما جعل كإذنهما؛ لأن الأول استفاد الحجر[1] من جهة المولى، وكما أن الأول استفاد الإذن من جهة المولى، استفاد الحجر من جهة المولى، فجعل حجره في هذه الحالة كحجرهما، ولو حجرًا جميعًا على العبد الثاني أليس أنه ينحجر، كذا هذا، ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن مات العبد الأول فالجواب فيه كالجواب فيما إذا حجر المولى على العبد الأول؛ لأن الأول يصير محجورًا بموته كما يصير محجورًا بحجر المولى عليه، وكل جواب عرفته ثمة، فهو الجواب ههنا، ولو لم يمت الأول ولكن مات المولى كان ذلك حجرًا على العبدين سواء كان على الأول دين أو لم يكن -والله أعلم- .

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٩٠٠٤- وإذا إذن لعبده في التجارة، ثم جنّ المولى إن كان الجنون مطبقًا ينحجر العبد وإن لم يكن مطبقًا، فإن كان يجنّ ويفيق لا ينحجر؛ لأن بالأول تزول ولاية المولى حتى لا يجوز تصرف المولى بعد ذلك في المال والنفس، فصار نظير الموت، وبالثاني لا تزول ولايته فصار نظير المرض، ثم اختلفوا في تحديد الجنون المطبق.

قال محمد رحمه الله: إذا كان الجنون دون الشهر فليس بمطبق، وإن كان شهرا فصاعدًا فهو مطبق، ثم رجع وقال: ما دون السنة ليس بمطبق، والسنة وما فوقها مطبق، وعن أبي يوسف: إن كان أكثر السنة فصاعدًا مطبق، وما دونه فليس بمطبق -والله أعلم.

---

(١) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم "الإذن" مكان "الحجر".

الفصل الثالث والعشرون
فى العبد يبيع ويشترى، ولا يقول وقت المبايعة: إنه مأذون أو محجور عليه، ثم يقول: أنا محجور عليه

١٩٠٠٥- قال محمد رحمه الله : العبد إذا باع واشترى ولم يقل وقت المبايعة : إنه مأذون أو محجور ، فلحقه ديون ، ثم قال : أنا محجور ، وقال الغرماء : لا ، بل أنت مأذون ، فالقول قول الغرماء استحساناً ؛ لأن العبد مناقض فى دعواه أنه محجور ؛ لأن إقدامه على المبايعة إقرار منه أنه مأذون ، وبسبيل منها ، فإذا ادّعى أنه محجور ، فقد ادّعى أنه ليس بسبيل منها ، فصار متناقضاً ، ولا يمين على الغرماء ؛ لأن دعوى العبد لم يصح لمكان التناقض واليمين لايجب إلا عند صحة الدعوى ، وإذا جعلنا القول قول الغرماء ، وجعلناه مأذوناً ، أو كان العبد أقر بالإذن صريحاً ، فالقياس أن لا يباع ما فى يده من الكسب بدينه ما لم يحضر المولى ، وفى الاستحسان : يباع كسبه بدينه ، فإن فضل شىء من دينه بعد ما بيع كسبه لا يباع رقبته بذلك قياساً واستحساناً ما لم يحضر المولى ، وقد مرّت المسألة من قبل .

ولو أن الغرماء أقاموا البينة أن العبد مأذون له فى التجارة والعبد يحجد والمولى غائب ، فإنه لا تقبل بينتهم حتى لا تباع رقبة العبد بالدين ؛ لأن هذه بينة على غائب ليس عنه خصم حاضر ، ولو أقر العبد بالإذن ، وباع القاضى كسبه وقضى دين الغرماء ، ثم جاء المولى وأنكر الإذن ، فإن القاضى يسأل الغرماء البينة على الإذن ، فإن أقاموا بينة على ذلك وإلا ردّوا على المولى جميع ما قبضوا من ثمن إكسابه ، ولا ينقض البيوع التى جرى من القاضى ؛ لأن الإذن لم يثبت ؛ لما أنكر المولى الإذن ، فيبقى هذا كسب محجور ، فلا يتعلق به حق الغرماء ، لكن تعذر ردّ عين الكسب بردّ البيوع ؛ لأن البيوع صدرت[1] عن ولاية تامة ؛ لأن للقاضى ولاية بيع منقول الغائب ، فيردّ ما أخذ الغرماء من بدل الكسب .

(١) وكان فى الأصل " لأن البيع صدر " .

هذا إذا ادّعى العبد أنه محجور، فإن ادّعى البائع(١) أن العبد محجور عليه، وقال: لاأدفع إليه المبيع؛ لأنه يتأخر حقى إلى ما بعد العتق، وقال العبد: أنا مأذون، فالقول فى ذلك قول العبد، ولا يمين عليه؛ لأن البائع متناقض فى دعواه الحجر؛ لما بيّنا فى جانب العبد، والتناقض يمنع صحة الدعوى وتوجه اليمين، ويجبر البائع على دفع ما باع من العبد، ويأخذ الثمن من العبد.

١٩٠٠٦- وكذلك لو اشترى رجل من العبد شيئًا، ثم إن المشترى قال: إن العبد كان محجورًا، وقال العبد: أنا مأذون، فالقول قول العبد بلا يمين، وإن قال المشترى: أنا أقيم البينة أنه محجور عليه لا تقبل بينته؛ لأن دعواه لم يصحّ لمكان التناقض، فكيف تقبل بينته، وكذلك لو أقام المشترى البينة على إقرار العبد أنه محجور عليه لا تقبل، هكذا ذكر فى الكتاب، قالوا: وهذه المسألة على روايتين أو على القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا فيما إذا اشترى المأذون من رجل عبدًا ثم قال: إن البائع قد كان باعه من فلان قبل أن يبيعه منى، وأقام البينة على ذلك.

وقد قال فى "الجامع": رجل وهب لعبد إنسان هبة، وسلّم إلى العبد، ثم أراد الواهب الرجوع فيه، فقال العبد: أنا محجور على وليس لك الرجوع على ما لم يحضر مولاى، وقال الواهب: لا، بل أنت مأذون، فأقام العبد بينته على إقرار الواهب أنه محجور عليه تقبل بينته، وفى هذه المسألة قال: لو أقام المشترى البينة على إقرار العبد أنه محجور لا تقبل بينته، وإنما جاء الفرق على إحدى الروايتين؛ لأن فى مسألة الجامع بينة العبد على إقرار الواهب أنه محجور قامت على تقدير ما تم بها؛ لأنه متى ثبت كون الموهوب محجورًا عليه لا يكون للواهب أن يرجع فيها للحال، بل يبقى الهبة ماضية.

فأما فى مسألتنا بينة المشترى على إقرار العبد أنه محجور قامت على نقض(٢) ما تم بهما، فلهذا افترقا.

فإن أقر العبد بين يدى القاضى أنه كان محجورًا عليه وقت البيع فإن القاضى يردّ البيع؛ لأن الإقرار من الإنسان صحيح بدون الدعوى، فصحّ إقرار العبد، فإذا صدّقه

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "المشترى".

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى غيرها "بعض" مكان "نقض".

المشترى، فقد تصادقا على فساد البيع، فيحكم بفساد العقد بتصادقهما، ويردّ المبيع[١]، فإن حضر المولى بعد ذلك وكذب العبد فيما قال، وقال: كنت أذنت العبد فى البيع والشراء، جاز النقض الذى جرى بين العبد وبين المشترى؛ لأن العبد إن كان مأذونًا كان النقض منه صحيحًا؛ لأن للعبد المأذون نقض البيع وإقالته، وإن كان محجورًا كان بائعًا ملك المولى بغير إذنه، فيكون بمنزلة الفضولى إذا نقض البيع قبل إجازة المالك كان نقضه صحيحًا، فإن أجاز المولى بعد ذلك بيع العبد كانت إجازته باطلة؛ لأنها لاقت عقدًا مفسوخًا، ولو كان القاضى لم ينقض البيع حتى أقر العبد بكونه محجورًا عليه حتى حضر المولى وأجاز البيع جاز؛ لأن الإجازة لاقت عقدًا موقوفًا.

١٩٠٠٧- وإذا كان الرجل يبيع ويشترى، فلحقه ديون، ولا يدرى حاله أنه عبد أو حرّ، ثم قال بعد ذلك: أنا عبد فلان، وصدّقه فلان فى ذلك، وقال: هو عبدى، وإنه محجور عليه، وقال الغرماء: هو حرّ، فإن هذا الرجل يصدّق فى حق نفسه حتى يصير عبدًا لفلان، ولا يصدّق فى حق الغرماء حتى لا يتأخر ديونهم إلى ما بعد العتق، ثم قال: ويباع هذا العبد، ويأخذ الغرماء ديونهم من ثمنه.

وكان ينبغى أن لا يكون للغرماء ذلك؛ لأن من زعمهم أن العبد حرّ، وأن هذا ثمن الحرّ، وديون الغرماء لا يستوفى من ثمن الحرّ.

والجواب أن إقرار العبد بالرق إنما لا يصح فى حق الغرماء فيما فيه ضرر للغرماء، فأما فيما لا ضرر للغرماء فيه، بل لهم فيه منفعة فإقراره بالرق صحيح فى حقهم، وفى أن يتأخر حق الغرماء إلى ما بعد العتق، فللغرماء فيه ضرر، فلا يثبت الرق بإقراره فى حق هذا الحكم، أما فى أن يثبت الرقّ فى حق جواز بيعه، فلا ضرر للغرماء فيه، بل لهم فيه نفع، حتى يستوفى حقوقهم من ثمنه، فيعتبر الرقّ ثابتًا فى حق جواز البيع فى حقهم، فكان هذا ثمن العبد فى حقهم، وهو نظير مجهولة النسب إذا أقرت بالرق بعد ما طلقها زوجها، ومضى من عدتها حيضتان فإنه لا يعتبر الرق ثابتًا فى حق الزوج كيلا يتضرر به الزوج، فإنه يبطل حقه فى المراجعة، ولو كان مضى من عدتها حيضة يعتبر الرق ثابتًا فى حق الزوج؛ لأنه لا ضرر على الزوج، فإنه يمكن مراجعتها فى الحيضة الثانية -والله أعلم-.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "البيع".

الفصل الرابع والعشرون
فى الصبّى أو المعتوه يأذن له أبوه أو وصيّه أو القاضى فى التجارة أو يأذنون لعبدهما، وفى تصرفاتهما قبل الإذن

١٩٠٠٨- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": إذا أذن الرجل لابنه فى التجارة وهو صغير يعقل البيع والشراء جاز، وصار الصغير مأذونًا له فى التجارة، وكذا الوصىّ إذا أذن للصغير فى التجارة وهو يعقل البيع والشراء، وكذلك المولى إذا أذن لعبده فى التجارة وهو صغير يعقل البيع والشراء، فإنه يجوز، ويصير مأذونًا فى التجارة، وعلى قول الشافعى رحمه الله: لايجوز إذنه، ولا يصير مأذونًا له فى التجارة.

١٩٠٠٩- وإذا باع الصبىّ شيئًا من ماله، أو اشترى لنفسه شيئًا قبل الإذن وهو يعقل البيع والشراء ينعقد تصرفه عندنا، وينفذ بإجازة الولى[١]، وعند الشافعى رحمه الله: لا ينفذ تصرفه، ولاينعقد بإجازة الولى، وكذا الصبى الذى يعقل البيع والشراء إذا توكل عن غيره بالبيع والشراء، فباع واشترى، جاز عندنا خلافًا للشافعى رحمه الله، فالمذهب عند الشافعى رحمه الله أن الصبّى العاقل الفاسد لعبارة فيما صار موليًا عليه بمنزلة الطفل الذى لا عقل له سواء كان ما ينفعه من كل وجه كقبول الهبة والإسلام، أو يتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء، وأشباه ذلك، حتى لا يصحّ قبوله الهبة، فلا يصحّ إسلامه ولا بيعه ولا شراءه، وفيما لم يصر موليًا عليه، فهو صحيح العبارة فيما ينفعه، نحو الشغل بالعبادات، أو يتردد بين الضرر والنفع نحو: اختيار الأبوين بعد الفرقة، وفيما يضرّه من كل وجه، فهو فاسد العبارة كالطلاق والعتاق.

والمذهب عندنا أن الصبىّ العاقل صحيح العبارة فيما ينفعه من التصرفات، سواء كان موليًا عليه، أو لم يكن كقبول الهبة والإسلام، وفيما يتردد بين الضرر والنفع كالتجارة، فهو صحيح العبارة انعقادًا لا نفاذًا، وفيما يضره من كل وجه كالطلاق

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "المولى".

والعتاق، فهو فاسد العبارة نفاذاً وانعقاداً.

والصحيح مذهبنا؛ لأن الصبى العاقل يشبه البالغ من وجه؛ لأنه عاقل مميز كالبالغ، ويشبه الطفل الذى لا عقل له من وجه من حيث إن فى عقله نوع نقصان، ولهذا لم يتوجه عليه خطابات الشرع، فوفرنا على الشبهين حظهما، فلشبه بالبالغ جعلناه صحيح العبارة فيما ينفعه من كل وجه كقبول الهبة والإسلام، وفيما يتردد بين الضرر والنفع جعلناه صحيح العبارة انعقاداً لا نفاذاً كما فى التجارة؛ لأنه ربما يكون فيه منفعة تفوته ذلك متى لم نقل: بالانعقاد أصلا، فينعقد موقوفاً على إجازة الولى حتى إنه إن كان فيه منفعة يحصل له تلك المنفعة بإجازة الولى، وإن كان فيه مضرة لا يلزمه الضرر بردّ الولى، وفيما فيه مضرة من كل وجه كالطلاق والعتاق يجعل فاسد العبارة توفيراً على الأمرين حظهما بقدر الإمكان.

ومعنى قول محمد رحمه الله فى الكتاب: إذا كان الصبى يعقل البيع والشراء إذا كان يعقل معنى البيع والشراء، بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش لا نفس العبارة، فإن كل صبى إذا لقن البيع والشراء يتلقنهما.

هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرح المأذون: فإذا صحّ الإذن للصبى فى التجارة يصير هو بمنزلة الحرّ البالغ فيما يدخل تحت الإذن؛ لأنه بعد الإذن يتصرف بحكم فك الحجر لا بحكم النيابة عن الولى، فيجوز له أن يؤاجر نفسه، وأن يستأجر لنفسه أجيراً، وأن يبيع مما ورث عقاراً كان أو منقولا، كما يجوز ذلك للحرّ.

١٩٠١٠- وإذا أقر بدين التجارة صحّ إقراره؛ لأن الإقرار بدين التجارة داخل تحت الإذن فى التجارة؛ لأنه من صنع التجارة، وليس له أن يكاتب مملوكًا له، ولا أن يعتقه على مال؛ لأنه ليس بداخل تحت الإذن؛ لأنه ليس بتجارة، وللتجار منه بدّ.

وكذلك ليس له أن يزوّج عبده؛ لأن تزويج العبد ليس بتجارة، وللتجار منه بدّ، وكذا ليس له أن يزوّج أمته عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبى يوسف رحمه الله: له ذلك، وإذا أذن لابنه الكبير المعتوه فى التجارة فالجواب فيه كالجواب فى الصبى إن كان ممن يعقل البيع والشراء يصحّ الإذن، وإن كان ممن لا يعقل البيع والشراء لا يصحّ

الإذن، وهذا إذا بلغ معتوها، فأما إذا بلغ عاقلا، ثم عته، فأذن له الأب فى التجارة، هل يصحّ إذنه؟ كان الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله يقول: لا يصحّ إذنه قياسًا، وهو قول أبي يوسف رحمه الله، ويصح استحسانًا، وهو قول محمد رحمه الله.

وكان الفقيه أبو بكر محمد بن إبراهيم الميداني رحمه الله يقول: لا يصحّ إذنه قياسًا، وهو قول زفر رحمه الله، ويصح استحسانًا وهو قول علماءنا الثلاثة، وعلى هذا إذا بلغ عاقلا ثم جن، وحاصل الخلاف راجع إلى أنه متى عته، أو جن بعد ما بلغ عاقلا، هل تعود ولاية الأب عليه ثانيًا؟ فعلى قول علماءنا الثلاثة على ما يقول الفقيه محمد بن إبراهيم الميداني رحمه الله: يعود، وعلى قول زفر رحمه الله: لا يعود، وعلى ما يقول الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله: لا يعود فى قول أبي يوسف رحمه الله، وإنما تعود الولاية إلى القاضى أو السلطان، وعلى قول محمد رحمه الله تعود الولاية إلى الأب.

وجه القياس فى ذلك أنا أجمعنا على أن بعد ما بلغ عاقلا، ثم عته، أو جنّ لا يعود إلى الأب صدقة الفطر حتى لا يجب على الأب أن يؤدى عنه صدقة الفطر، وإن كان معسرًا لا مال له، ولو كان يعود الولاية إلى الأب ثانيًا لكان يعود إليه صدقة الفطر؛ لأن صدقة الفطر تبتنى على الولاية والمؤنة، ولما لم يعد إلى الأب صدقة الفطر ثانيًا علمنا أن الولاية لم تعد إليه، والدليل عليه أن التبعية الثانية فى حق الدين لما انقطع ببلوغه عاقلا لا تعود ثانيًا متى عته، أو جنّ حتى لا يصير مسلمًا بعد ذلك بإسلام أبيه، ولا يرتدّ بارتداد أبيه، فلما لم يعد التبعية الثانية فى حق الدين بعد ما عته، أو جنّ بعد ما بلغ، ثم عقل، فكذا لا تعود الولاية بخلاف ما لو بلغ معتوهًا أو مجنونا؛ لأن هذه الأحكام كلها تبقى من حيث صدقة الفطر، والتبعية الثانية فى الدين حتى يصير مسلمًا بإسلام أبيه ومرتدًا بارتداد أبيه، ويجب على الأب أن يؤدى عنه صدقة الفطر، فتبقى الولاية عليه أيضًا، أما ههنا انقطع هذه الأحكام ببلوغه عاقلا، ثم لم يعد ثانيًا بالعته والجنون، فكذا لا تعود الولاية عليه أيضًا.

وجه الاستحسان أن الولاية عليه قد عادت بعد العته بالإجماع بخلاف سائر الأحكام، فإنها لا تعود إلا أن الخلاف أن الولاية عليه إذا عادت ثانيًا إلى من تعود؟ أبو

يوسف رحمه الله يقول : تعود إلى القاضى ، ومحمد رحمه الله يقول : تعود إلى الأب ، فيقول : إعادة هذه الولاية إلى الأب أولى لوجهين : أحدهما : أنا متى أثبتنا للأب احتجنا إلى الإعادة ، ومتى أثبتنا للقاضى احتجنا إلى الإثبات ، فإنه لم يكن ثابتًا للقاضى ، والإعادة أسهل من الإثبات ابتداء .

الثانى : أن الإثبات للأب أولى اعتبارًا بما قبل البلوغ ، فإن قبل البلوغ أثبتنا الولاية للأب لا للقاضى ، وهذا بخلاف ما لو عته الأب أو جنّ ، فإنه لا يثبت للأب ولاية التصرف ، وإنما يثبت له ولاية التزويج لا غير ؛ لأن ولاية التصرف للقريب فى مال القريب إنما يثبت إذا كان الولى كامل الرأى وافر الشفقة ، فيثبت له ولاية التصرف فى المال والنفس ، فأما الأبن إن كان كامل الرأى ، فهو قاصر الشفقة فى حق الأب ، فيثبت له الولاية فى النفس ، ولا يثبت فى المال كالأخ والعم ، وكل من له ولاية التصرف والتجارة فى مال الصغير ، فله ولاية إذنه فى التجارة ، وكذلك ولاية إذن عبد الصغير ؛ لأن الإذن فى التجارة تجارة معنى ، إذا ثبت هذا ، فنقول : الأب إذا أذن لعبد ابنه الصغير فى التجارة ، فهو جائز ؛ لأن الأب يملك التجارة فى مال ولده الصغير ، فيملك إذن عبده فى التجارة له .

١٩٠١١- وكذلك وصىّ الإب بعد موت الأب والجدّ بعد موت الأب إذا أذن ، ولو لم يكن له وصى من جهة الأب يصحّ إذنه ؛ لأن ولاية التجارة فى مال الصغير فى هذه الحالة للجدّ ، فكان له الإذن فى التجارة أيضًا .

وأما إذا كان الأب حيًا فإنه لا يصحّ إذن الجدّ ؛ لأنه ليس له ولاية التجارة فى مال حافده حال قيام الأب .

وكذلك إن كان له وصى الأب ، وهذا عندنا ، وعند الشافعى يصح إذنه ، فالجدّ أولى من وصى الأب عند الشافعى رحمه الله ، وعندنا وصىّ الأب أولى ، والمسألة معروفة فى الوصايا ، وإذا أذن القاضى لعبد اليتيم فى التجارة ، وليس لليتيم وصى الأب ولا جد أب الأب جاز إذن القاضى ؛ لأن القاضى هو الولى عند عدم هؤلاء ، ومتى صحّ إذن الأب أو الوصىّ أو القاضى ولحق العبد دين تباع رقبته فى دين التجارة عندنا ، والكلام فيه نظير الكلام فيما إذا أذن الرجل لعبده فى التجارة ولحقه دين .

١٩٠١٢ - ولو أن امرأة ماتت وأوصت إلى رجل وتركت ابنا صغيرا ليس له أب ولا وصيّ الأب ولا جدّ، وتركت أموالا ميراثا لهذا الصغير، فأذن الوصى لعبد من عبيده الذين ورثهم من الأم لا يصحّ؛ لأنه ليس لوصى الأم ولاية التجارة فى مال الصغير الذى ورثه من الأم؛ لأن وصىّ الأم قائم مقامها، ولم يكن للأم ولاية التجارة فى مال ولدها، فكذا لا يكون لوصيّها ذلك، وإذا لم يكن لوصىّ الأم ولاية التجارة فيما ورثه الصغير عن أمه لا يصحّ إذنه للعبد الذى ورثه عن أمه.

فإن قيل: أليس أن وصىّ الأم لو باع العروض التى ورثها الصغير من الأم، يجوز.

قلنا: إنما جاز بطرق التحصين والحفظ على الأم الميتة، وعلى الصغير لا؛ لأنه تجارة حتى لو اشترى به شيئًا آخر لليتيم لا يجوز، وليس فى الإذن تحصين العبد وحفظه عن الهلاك، بل فيه تعريضه على الهلاك، لو ملكه، ملكه من حيث إنه تجارة، وليس لوصى الأم ولاية التجارة فيما ورث عن أمه.

١٩٠١٣ - وإذا قال القاضى لعبد اليتيم: اتّجر فى الطعام خاصة، أو قال: اتّجر فى البرّ خاصة، فإنه يصير العبد مأذونًا فى التجارات كلها، كما لو قال المولى: ذلك للعبد، ولا يكون هذا من القاضى قضاء فى فصل مختلف فيه، وإن كان هذه المسألة مختلفًا فيها، إن الإذن هل يقبل التخصيص؟ وإن المأذون فى نوع هل يكون مأذونًا فى الأنواع كلها؟ وإنما لم يكن قضاء؛ لأن القضاء إنما يكون بعد الخصومة، ولا بدّ له من مقضى له ومن مقضى عليه، ولم يوجد ذلك حالة الإذن، وإذا لم يكن هذا قضاء من القاضى، فالقاضى فى هذا والمولى سواء، والمولى لو قال: ذلك للعبد، يصير العبد مأذونًا فى الأنواع كلها، كذا هنا.

١٩٠١٤ - ولو أن العبد تصرف، فلحقه بذلك ديون من التجارة التى أذن له القاضى فى ذلك، ومن التجارة التى لم يأذن له القاضى فى ذلك خاصم أرباب الديون إلى القاضى، فأبطل ديون الغرماء التى لحقها من تجارة لم يأذن له القاضى فى ذلك؛ لأنه لا ينفذ تصرفه بعد هذا فى التجارة التى لم يأذن له القاضى فيه؛ لأن هذا قضاء من القاضى لوجود الخصومة والمقضى له والمقضى عليه، المقضى له المولى؛ لأن القاضى

فرغ رقبة عبده عن الديون، والمقضى عليه الغرماء؛ لأن القاضى أخر ديونهم إلى ما بعد العتاق، فقد تحقق القضاء، وإنه قضاء فى فصل مختلف فيه فينفذ، فتصير المسألة متفقة، فلا تنفذ تصرفاته بعد ذلك فى ذلك النوع، ولو رفع قضاه بعد ذلك إلى قاضٍ آخر لا يكون لذلك القاضى أن يبطل قضاه، كما فى سائر المجتهدات، وكذلك لو قضى القاضى بجواز تصرفاته فى الأنواع كلها، وأثبت ديون جميع الغرماء، ينفذ قضاءه، ولا يكون لقاضٍ آخر بعد ذلك أن يبطله.

١٩٠١٥- وإذا كان للصغير أو المعتوه أب أو وصىّ أو جدّ أب الأب، فرأى القاضى أن يأذن للصبىّ أو المعتوه فى التجارة، فإذن له وأبى أبوه، فإذنه جائز، وإن كان ولاية القاضى مؤخرة عن ولاية الأب والوصى، وإنما جاز إذن القاضى فى هذه الصورة؛ لأن الإذن فى التجارة حق للصبى قبل الولى، فإنه مما ينتفع به؛ لأنه يهتدى بذلك إلى التجارة، فإذا طلب من الأب الإذن وأبى الأب صار الأب عاضلا[1] له، فانقلب الولاية إلى القاضى كالولى فى باب النكاح إذا عضل، فإنه ينتقل الولاية إلى القاضى بسبب العضل؛ لأن النكاح حق المرأة قبل الولى، فإذا امتنع الولى عن الإيفاء، فنقلت الولاية إلى القاضى إيفاء لحق المرأة، كذا ههنا.

١٩٠١٦- وفى مأذون شيخ الإسلام: القاضى إذا رأى الصغير والمعتوه أو عبد الصغير يبيع ويشترى، وسكت، لا يكون إذنًا له فى التجارة؛ لأن الإذن من القاضى قضاء، والقضاء لايثبت بالسكوت، قال: والصبى المحجور الذى يعقل البيع والشراء إذا باع، واشترى، أو آجر، أو استأجر توقف ذلك على إجازة الولى؛ لأنه باشر تصرفًا يتردد بين الضرر والنفع، فيقف على إجازة الولى حتى يرى الولى رأيه فى ذلك، إن رأى النفع فى الإجازة، أجازه وإن رأى النفع فى النقض، نقضه، فيتوقف تصرفات الصبى المحجور من هذا الوجه، لا من حيث إنه حصل متصرفًا فى حق الغير؛ لأنه تصرف فى ملكه، ويوجب البدل فى ذمته.

١٩٠١٧- وإذاأذن الرجل لابنه فى التجارة وهو صغير أو معتوه إلا أنه يعقل البيع والشراء، أو أذن له وصيّه، ثم إن الأب أو الوصىّ أقر على أحدهما بدين أو بيع أو شراء

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "عازلا".

أو إجارة أو وديعة فى يده أو مضاربة فى يده، أو رهن، أو غير ذلك مما فى يده أو جناية، فإن الأب والوصى لايصدقان على شىء من ذلك إذا كذبهما الصبىّ أو المعتوه؛ لأن المولى بالإقرار بالدين على الصبىّ جعل مقرّا، أما فى ذمة الصبىّ، أو فى مال الصبىّ، وأى الأمرين ما اعتبرنا، فإقراره لاقى ملك الغير، وإقرار الإنسان متى لاقى ملك الغير كان باطلا إذا كذبه المقر عليه فى ذلك.

وكذلك لو أقر الأب أو الوصىّ على عبد مأذون لهذا الصغير فى التجارة إما بالدين أو بالجناية كان إقراره باطلا؛ لأنه يقر على غيره؛ لأنه يقرّ إما برقبته لولى الجناية أو بالفداء من مال الصغير، وأى ذلك ما كان، فهو ملك الصغير، فيكون مقرّا على غيره، وإقرار الإنسان على غيره باطل إذا كذبه المقر عليه فى ذلك، وإن أقر الصبىّ المأذون أو المعتوه على عبد مأذون له فى التجارة بالدين أو الجناية أو بعين فى يده كان إقراره جائزًا؛ لأنه مقر على نفسه؛ لأنه المستحق بالإقرار ملك المقر لا ملك غيره، والصبى المأذون فيما دخل تحت الإذن بمنزلة الكبير، وإقرار الكبير بملكه جائز، فكذا هذا الصبى.

١٩٠١٨ – المأذون إذا باع عبدًا من أبيه، فهو على وجوه: إما أن باعه بمثل قيمته، أو بأكثر من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فى مثله أو لا يتغابن الناس، أو بأقل من قيمته بحيث يتغابن الناس فى مثله، وفى هذا الوجوه جاز بيعه عندهم جميعًا، ؛ لأن بيع الصبى المأذون من أبيه، وقد استفاد الإذن من جهة أبيه بمنزلة بيع الأب ذلك بنفسه، والأب إذا باع مال ابنه الصغير من نفسه بمثل قيمته أو بأكثر بحيث يتغابن الناس فى مثله، أو لا يتغابن، أو بأقل بحيث يتغابن الناس فى مثله يجوز، وإن كان هو العاقد من الجانبين فلأن يجوز هذا، والعقد جرى بين اثنين أولى، وأما إن باعه بأقل من قيمته بحيث لا يتغابن الناس فى مثله أو يتغابن، وفى هذا الوجه اختلاف الروايات عن أبى حنيفة رحمه الله.

ذكر فى بعض نسخ المأذون: أنه لا يجوز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله.

وذكر فى بعض النسخ: أنه يجوز فى قول أبى حنيفة رحمه الله، ولا يجوز فى

قول أبي يوسف رحمه الله، فصار عن أبي حنيفة رحمه الله في المسألة روايتان.

وإذا باع من الأجنبي بأقل من قيمته مقدار ما لا يتغابن الناس فيه يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله باتفاق الروايات، وعندهما لا يجوز، وجه عدم الجواز عند الكل على ما ذكر في بعض الروايات ظاهر أن بيعه من أبيه بأقل من قيمته بحيث لا يتغابن الناس في مثله، وقد استفاد الإذن من جهته بمنزلة بيع الأب بنفسه لأجل التهمة، فإن الأب لا يملك أن يبيع ماله من نفسه بغبن فاحش فيتهم، إنه إنما أذن له في ذلك ليبيع منه بغبن فاحش فيجوز، فيستجلب بهذا الإذن منفعة، فلأجل هذا النوع من التهمة صار بيع الصبي من أبيه بمنزلة بيع الأب من نفسه، ولو باع الأب مال الصغير من نفسه بغبن فاحش لا يجوز.

فكذا إذا باع الصبي منه بخلاف ما إذا باعه من أجنبي بغبن فاحش حيث يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، ولم يجعل بيع الصبي من الأجنبي وقد استفاد الإذن من جهة الأب بمنزلة بيع الأب بنفسه من الأجنبي بغبن فاحش؛ لأن بيع الصبي من الأب إنما جعل بمنزلة بيع الأب من نفسه لمكان التهمة من الوجه الذي بيّنا، وتلك التهمة لا يتحقق في حق الأجنبي؛ لأنه لا منفعة للأب فيما يصل إلى الأجنبي حتى يتّهم به إنه إنما أذن للابن؛ ليجوز بيعه من الأجنبي بغبن فاحش، وإذا انتفت التهمة لم يجعل بيع الصبي من الأجنبي بغبن فاحش بمنزلة بيع الأب، والصبي بعد الإذن متصرف بحكم فك الحجر كما بعد البلوغ لا بحكم النيابة عن الأب، وبعد البلوغ يجوز بيعه بغبن يسير وبغبن فاحش، وكذلك بعد الإذن.

وجه الجواز عند أبي حنيفة رحمه الله على ما ذكر في بعض الروايات: أن المأذون يتصرف بحكم فك الحجر كما بعد البلوغ، ولهذا لا يرجع بالعهدة على الآذن، وبعد البلوغ يجوز بيعه بالغبن الفاحش، فكذا بعد الإذن، ولهذا جاز إقرار المأذون وإن كان الآذن لا يملك الإقرار عليه.

١٩٠١٩- هذا إذا باع من الأب، أما إذا باع من وصيّه ذكر أنه لو باع بمثل القيمة أو بأكثر أو بأقل مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز.

قالوا: ويجب أن يكون الجواب على التفصيل، وعلى الخلاف إن كان للصغير

فيه منفعة ظاهرة بأن باع منه بأكثر من القيمة مقدار ما[1] يتغابن الناس فيه فى مثله، يجوز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، ولا يجوز فى قول محمد رحمه الله، نص على الخلاف فى هذه الصورة فى "الجامع الكبير"، وإن باع بمثل قيمته أو بأقل من قيمته بحيث يتغابن الناس فى مثله، فعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يجوز كما لو باع الوصىّ مال الصغير من نفسه، وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله: يجب أن تكون المسألة على روايتين، هكذا ذكر شيخ الإسلام المسألة فى شرحه.

فإن أقر الصبى بقبض الثمن الذى وجب له على أبيه أو على وصيّه اختلف الروايات فى هذا الفصل، ذكر فى بعضها أنه يجوز، وذكر فى بعضها أنه لا يجوز؛ وهذا لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين، وإقرار الصبى المأذون لأبيه، أو لوصيه بالدين على اختلاف الروايتين، فكذا إقراره باستيفاء الدين الذى وجب عليهما له.

قال شيخ الإسلام فى شرحه: ويجب أن يكون اختلاف الرواية فى الإقرار على قول أبى حنيفة رحمه الله، أما على قولهما: فالإقرار للأب أو الوصىّ لا يجوز رواية واحدة.

ومما يتصل بهذا الفصل الحجر على الصبى المعتوه:

١٩٠٢٠ - وإذا أذن الرجل لابنه[2] فى التجارة، ثم حجر عليه صحّ حجره إذا كان الحجر مثل الإذن على ما مرّ فى فصل العبد، وكذلك الوصىّ إذا أذن ثم حجر عليه صحّ حجره، وكذلك القاضى إذا أذن للصغير أو المعتوه أو لعبده فى التجارة، ثم حجر عليه صحّ حجره إذا كان الحجر مثل الإذن.

فإن قيل: كان ينبغى أن لا يصحّ حجر القاضى؛ لأن الإذن من القاضى بمنزلة القضاء، ولهذا لا يبطل الإذن بعزل القاضى ولا موته ولا جنونه بخلاف ما إذا كان الإذن من الأب.

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم "ما لا يتغابن الناس".

(٢) وفى م: "لأبيه".

والدليل عليه أن القاضي إذا أذن للصغير، فباع الصغير واشترى ولحقه ديون، ثم جاء رجل، واستحق الصبيّ، بأن أقام بينة أنه عبده، فإن غرما الصبيّ، لا يرجعون بديونهم على القاضي؛ لأن الإذن قضاء منه، والأب إذا أذن للصغير، فباع الصغير واشترى ولحقه ديون، ثم جاء رجل، واستحق الصبيّ، فغرماء الصبيّ يرجعون على الأب بديونهم، والدليل عليه ما ذكرنا قبل هذا أن القاضي إذا رأى صبيًّا يبيع ويشترى، وليس له ولي، فسكت لا يصير مأذونًا في التجارة؛ لأن الإذن منه قضاء، والقضاء لا يثبت بالسكوت دلّ[1] أن الإذن من القاضي بمنزلة القضاء، فكان الحجر فسخًا للقضاء، وليس للقاضي فسخ القضاء، وإنما إليه القضاء إذا قامت الحجة، فلا يكون له ولاية الحجر.

والجواب عن هذا أن يقال: بأن الإذن من القاضي بمنزلة القضاء من وجه، وبمنزلة إذن الأب والمولى لا بمنزلة القضاء من وجه، أما بمنزلة القضاء من وجه؛ لأنه صحّ من القاضي بولاية القضاء، وأما بمنزلة إذن الأب والمولى لا بمنزلة القضاء من وجه بدليل أنه صحّ من غير شرائط القضاء من المقضى له ومن المقضى عليه.

وإذا كان بمنزلة القضاء من وجه وبمنزلة إذن الأب والمولى من وجه فنقول: من حيث إنه قضاء لا يلزمه العهدة كما في سائر الأقضية، ومن حيث إنه إذن يلزمه العهدة، فلا يلزمه العهدة بالشك، ولا يجعل سكوت القاضي إذنًا؛ لأنه إن كان يجعل إذنًا من حيث إن إذن القاضي بمنزلة إذن الأب والمولى لا يجعل إذنًا من حيث إنه قضاء، فلا يثبت الإذن بالشك والاحتمال، ولا يبطل الإذن بموت القاضي وعزله؛ لأنه إن كان يبطل من حيث إنه بمنزلة إذن الأب والمولى لا يبطل من حيث إنه بمنزلة القضاء، فلا يبطل بالشك، ويعمل حجر القاضي فيه؛ لأن الإذن شرع قابلا للفسخ في موضوعه كما لو كان الآذن وليًّا أو مولى.

الكلام فيه أن هذا الوصف هل يزول عن الإذن إذا كان الآذن هو القاضي من حيث إنه قضاء، إن كان يزول عنه هذا الوصف ويصير لازمًا لا يزول من حيث إنه بمنزلة

(١) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: "ولأن الإذن" مكان "دلّ أن الإذن".

إذن المولى[1]، فلا يصير لازمًا بالشك، وإذا أذن الرجل لابنه الصغير أو لعبده الصغير فى التجارة ثم مات الأب والابن صغير كان موته حجرًا له، ولو كان الإذن من القاضى لا يكون موت القاضى حجرًا له.

والفرق من وجهين: أحدهما: أن إذن القاضى قضاء من وجه إن كان إذنًا من وجه على ما مرّ، فمن حيث إنه إذن إن كان يبطل بموته فمن حيث إنه قضاء لا يبطل، فلا يبطل بالشك.

وأما إذن الأب إذن من كل وجه، والأذن من كل وجه يبطل بموت الآذن؛ لأن لبقاء الإذن من حيث إنه ليس بلازم حكم الابتداء كالوكالة.

الفرق الثانى: نسلم أن إذن القاضى إذن من كل وجه، مع هذا إنما يبطل بموت القاضى؛ لأن القاضى فى الإذن كان نائبًا من جهة من يجوز إذنه، وهو الإمام الأكبر، فيكون القاضى بمنزلة الوكيل بالإذن، والإذن لا يبطل بموت الوكيل ما دام الموكل قائما حيًّا من أهل الإذن، والإمام الأكبر إذا مات لا يبطل الإذن أيضًا؛ لأن الإمام الأكبر نائب من جهة من يجوّز إذنه وهم جماعة المسلمين، فكان الإمام الأكبر بمنزلة الوكيل عنهم، وموت الوكيل بالإذن لا يوجب بطلان الإذن مادام الموكل حيًّا، فأما الأب كان نائبًا من جهة من لا يجوز له إذنه، وهو الصبى؛ لأنه كان نائبًا عن الصغير بالشرع، فإذا مات لم يبقَ للصبى إذن؛ لأن الإذن من المنوب عنه وهو الصبى لا يصحّ، والمأذون لا يبقى مأذونًا إذا لم يكن إذنًا.

١٩٠٢١ - وإذا أذن الرجل لعبد ابنه الصغير فى التجارة، ثم أدرك الصبى فالعبد يبقى مأذونًا على حاله، وفرق بين هذا، وبينما إذا مات الأب، أو جنّ والصبىّ صغير بحاله، فإن عنده ينحجر، وفرّقوا أيضًا بين الوكالة والإذن، فإن الأب إذا وكّل رجلا ليبيع مال ابنه الصغير، أو ليشترى لابنه الصغير، ثم مات الأب أو أدرك الصبىّ، فإن الوكيل ينعزل، وفى الإذن قالوا: إذا أدرك الصبى لا ينحجر عبده، وإذا مات الأب ينحجر عبده، والذى ذكرنا من الجواب فى الأب، فكذا فى الوصى حتى إن الوصى إذا أذن للصبى أو المعتوه فى التجارة، ثم مات الوصىّ، أو جنّ انحجر الصبى

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "الولى".

المعتوه، وإذا أذن الأب لعبد ابنه فى التجارة، ثم مات الابن، وورثه الأب، فقد انحجر العبد، وكذلك إذا اشتراه الأب من الصغير، كان هذا حجرًا على العبد -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الخامس والعشرون
فى المتفرقات

١٩٠٢٢- ما يجب اعتباره فى مسائل أول هذا الفصل من استأجر عبدًا لعمل التجارة يعتبر العبد فى حق المستأجر كالوكيل حتى يراعى أحكام الوكالة فيما بينه وبين المستأجر، ولا يراعى أحكام الإذن بالتجارة حتى يرجع بالعهدة على المستأجر، وله أن يطالب المستأجر قبل أن يطالب هو إلى غير ذلك من الأحكام؛ وهذا لأن صحة تصرف العبد للمستأجر ووقوع الملك له بتصرف العبد ما كان بحكم الإذن؛ لأنه لا ملك له فى رقبة العبد، والإذن لا يعمل من غير المالك، وإنما صحة تصرف العبد للمستأجر ووقوع الملك له بتصرف العبد بحكم الأمر، فيعتبر فى حقه مأمورًا ووكيلا، ويعتبر فى حق المولى عبدًا مأذونًا فى التجارة حتى يراعى أحكام الإذن بالتجارة فيما بينه وبين المولى؛ لأن المولى يملك إذن عبده فى التجارة، فإذا آجره لعمل التجارة فقد صار راضيًا بتجارته، ألا ترى أن المولى إذا رأى عبده يبيع ويشترى، فسكت، يصير مأذونًا فى التجارة، فههنا أولى.

١٩٠٢٣- قال محمد: رجل استأجر من رجل عبدًا مشاهرة كل شهر بأجر معلوم ليبيع له، ويشترى ما بدا له من التجارات جازت الإجارة لاستجماعها شرائط الجواز، وهو كون البدل معلومًا، وكون المعقود عليه معلومًا مقدورًا لتحصيل من جهة الآجر، أما أن يكون البدل معلومًا فظاهر، وأما كون المعقود عليه معلومًا مقدورًا لتحصيل من جهة الآجر؛ لأن المعقود عليه منافع العبد لا نفس البيع والشراء، ألا ترى أنه شرط ضرب المدة، وإنما يحتاج إلى ضرب المدة إذا كان المعقود عليه المنافع، قلنا: ومنافع العبد صارت معلومة بضرب المدة، وهى مقدور التحصيل من جهة الآجر، وهو المولى بتسليم العبد، وذكر الشراء والبيع لبيان أنه تصرف المنافع التى تملكها إليه؛ لأن المعقود عليه هو البيع والشراء.

١٩٠٢٤- فإن اشترى العبد المستأجر، وباع كما أمره فلحقه ديون كثيرة، فالغرماء

لا يطالبون المستأجر بديونهم، وإنما يطالبون العبد؛ لأن العاقد هو العبد، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد إذا كان من أهله، وهذا العبد من أهل أن يرجع عليه حقوق العقد لكون مأذونًا فى التجارة، فيطالب بديون الغرماء لهذا، ويرجع العبد بذلك على المستأجر قبل الأداء بنفسه وبعده؛ لما ذكرنا أن العبد المستأجر يعتبر وكيلا فى حق المستأجر، والحكم فى سائر الوكلاء[1] هذا.

فإن كان المستأجر معسرًا لا يقدر على شيء، وليس فى يد العبد كسب، فالعبد يباع بديون الغرماء إلا أن يفديه المولى؛ لأن هذا العبد اعتبر فى حق المولى مأذونًا، والعبد المأذون إذا لحقه دين بسبب التجارة، وليس فى يده كسب يباع بالدين إلا أن يفديه المولى.

قال: فإن فداه المولى رجع بما فدى على المستأجر؛ لأن المولى قضى دين المستأجر، ؛ لأن الدين واجب عليه؛ لأن بدله سلم له، وهو مضطر فى القضاء؛ لأنه لا يمكنه تخليص ملكه إلا به، فصار كمن أعار من آخر عينًا ليرهنه بدينه، فرهن، ثم إن المعير قضى الدين وفكّ الرهن، وهناك يرجع على المستعير بما قضى، وطريقه ما قلنا، والمولى هو الذى يلى الرجوع على المستأجر، لا سبيل للعبد عليه؛ لأن الرجوع بحكم العادة، والمولى هو الذى تولى ذلك.

وإن أبى المولى الفداء وبيع العبد بألف درهم ودين الغرماء مثلا عشرة آلاف درهم قسّم الألف بين الغرماء بالحصص، ولا سبيل لهم على العبد ببقية دينهم بعد ما بيع العبد لهم حتى يعتق العبد؛ لأن المشترى إنما اشترى العبد لتسلم[2] له رقبته، فإذا كان لا تسلم له رقبته كان له حق نقض البيع، فلا يفيد هذا العقد فائدة فى حق الغرماء إلا بعد انقطاع حقهم عن اتباع العبد حتى يعتق العبد، فإذا أعتق اتبعوه ببقية دينهم لزوال المانع من الاتباع وهو حق المشترى.

قال: وللمولى أن يرجع على المستأجر بثمن العبد، وذلك ألف درهم؛ لأن ثمن العبد مال المولى، وقد حصل به قضاء دين المستأجر عن اضطرار، فيرجع بذلك على

(١) وكان فى الأصل: "الوكالة".

(٢) وكان فى الأصل وم: "ليسلم".

المستأجر، فصار كالمستعار للرهن إذا هلك في يد المرتهن حتى صار دين المستعير مقضيًا به عن اضطرار، كان لصاحب الرهن أن يرجع بذلك على المستعير، كذا ههنا.

قال: ويسلّم ذلك للمولى، ولا يكون للغرماء عليه سبيل؛ لأن الثمن بدل مالية العبد، وقد وصل بدل مالية العبد إلى الغرماء مرة، فلا يكون لهم حق الرجوع بذلك ثانيًا.

قال: وينصب القاضي وكيلا للغرماء حتى يطالب المستأجر ببقية دينهم؛ لأنه لا وجه إلى أن يطالبه الغرماء؛ لأنه لم يجر بينهم معاقدة، ولا وجه إلى أن يطالبه العبد؛ لأن العبد بالبيع يصير محجورًا إذ لا وجه إلى إبقاء إذن البائع في ملك المشتري، فينصب القاضي وكيلا ليقبض ذلك من المستأجر، ويسلم إلى الغرماء مراعاة لحق الغرماء، هكذا ذكر ههنا، وذكر في كتاب المأذون: أن المولى[1] يخاصم المستأجر، ويقبض ذلك منه، ويسلّم إلى الغرماء.

قال الحاكم عبد الرحمن: هذا ليس باختلاف في الرواية، والمولى هو الذي يخاصم كما ذكر في المأذون، فإن امتنع عن الخصومة، فالقاضي ينصب وكيلا كما ذكر ههنا.

فإن مات المستأجر قبل أن يقضي شيئًا، وترك خمسة آلاف درهم يقسّم ذلك بين المولى والغرماء على عشرة أسهم؛ لأن حق المولى قبل المستأجر في ألف درهم، وحق الغرماء في تسعة آلاف درهم، وقد وصل إليهم ألف درهم ثمن العبد، فيجعل كل ألف سهمًا، فيصير حق المولى سهمًا، ويصير حق الغرماء تسعة أسهم، فجملته عشرة أسهم يقسم المتروك على عشرة أسهم سهم للمولى وتسعة أسهم للغرماء.

قال: ولو أن العبد لم يبع بالدين حتى وهب له عبد قيمته ألف درهم، وأبى المولى الفداء يباع العبدان بالدين.

أما الأول فلما قلنا: إنه مأذون تعلق الدين برقبته، وأما الثاني فلأنه كسب العبد المأذون، والدين يتعلق بكسب المأذون كما يتعلق برقبته.

---

(١) وكان في ظ: "الولي".

ثم سوّى فى الكتاب بينما إذا وهب له عبد بعد ما لحقه دين وبينما إذا وهب له عبد قبل أن يلحقه دين، وفرق بين المأذون والمحجور، فإن العبد المحجور إذا وهب له عبد قبل أن يلحقه دين الاستهلاك، ثم لحقه دين الاستهلاك لا يباع معه فى الدين، وفى المأذون قال: يباع الموهوب قبل لحوق الدين، والموهوب بعد لحوق الدين.

١٩٠٢٥- والفرق هو أن العبد المحجور لا يد له، فما وهب له قبل لحوق الدين إن وقع فى يده صورة، فهو فى يد المولى، ودين العبد لا يشغل ما فى يد المولى بخلاف ما لو وهب له بعد لحوق الدين؛ لأنه كما وقع فى يده وقع مشغولا بالدين، فأما المأذون فله يد معتبرة، فما وهب له يكون فى يده صورة ومعنى، فكما يصير مشغولا بالدين السابق يصير مشغولا بالدين اللاحق، حتى لو زال يده بأن أخذ المولى من يده، ثم لحقه دين لا يباع بدينه أيضًا.

ثم إذا وجب بيع الموهوب وبيع المأذون، وبيعا بألفى درهم مثلا يقسم ذلك بين الغرماء بالحصص، ويرجع المولى على المستأجر بثمن العبد المأذون، ولا يرجع بثمن العبد الموهوب؛ لأن ثمن الموهوب بدل كسب العبد، وكسب العبد إنما يصير ملكًا للمولى من جهة العبد بشرط الفراغ عن حاجة العبد، ولم يوجد الفراغ ههنا، فلم يصر الموهوب ملك المولى، وإذا لم يصر الموهوب ملك المولى لا يكون ثمنه ملك المولى، فلا يصر دين المستأجر بذلك القدر مقضيًا من مال المولى، فلا يرجع بذلك على المستأجر.

أما رقبة المأذون فإنه كان يملكه المولى وسلّم له من جهة العبد حتى يتقدر بسلامته للمولى بشرط الفراغ عن حاجة العبد، وإذا كان رقبته ملك المولى كان ثمنه ملك المولى أيضًا، فيصير دين المستأجر بذلك القدر[1] مقضيًا من مال المولى، فيرجع بذلك المستأجر.

قال: وينصب القاضى وكيلا ليطالب المستأجر بتسعة آلاف درهم ثمانية آلاف درهم بقية ديون الغرماء؛ لأن دينهم كان عشرة آلاف درهم، وقد وصل إليهم ألفان بقى ثمانية آلاف درهم، وألف درهم ثمن العبد الموهوب؛ لأن العبد الموهوب كسب العبد المأذون، والعبد المأذون وكيل فى حق المستأجر، وقد قضى دينه من كسبه، فيستوجب

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "العبد".

الرجوع كسائر الوكلاء، لكن عجز عن المطالبة بنفسه لصيرورته محجوراً، فيقوم منصوب القاضى مقامه فى المطالبة، ويسلّم ذلك للمولى؛ لأن بدل كسب العبد، وقد فرغ عن دين العبد، فيسلم للمولى.

فلو أن المستأجر لم يردّ شيئًا يعنى من ثمن المأذون وثمن الموهوب، وما بقى من دين الغرماء حتى مات وترك خمسة آلاف درهم قسّم، ذلك على عشرة أسهم؛ لأن الدين على المستأجر عشرة آلاف درهم ألف درهم ثمن العبد المأذون، وألف درهم ثمن العبد الموهوب، وثمانية آلاف درهم للغرماء، فيجعل كل ألف سهمًا، فتصير الجملة عشرة أسهم، فيقسم المتروك على عشرة أسهم لهذ، فما أصاب ثمن العبد المأذون، فهو للمولى، وما أصاب ثمانية آلاف درهم، فهو للغرماء، وكذلك ما أصاب ثمن الموهوب، فهو للغرماء لا يكون للمولى عليه سبيل؛ لأنه بدل كسب العبد، ولم يفرغ عن دين العبد بخلاف المسألة الأولى كان ثمن الموهوب هناك فارغ عن دين العبد، فيسلّم للمولى، أما ههنا بخلافه.

فلو أن الغرماء لم يقبضوا شيئًا من ديونهم، حتى وهبوا ذلك للعبد، أو أبرؤوه عنه بعد ما بيع العبد، أو قبل أن يباع بعد ما مات المستأجر، أو قبل أن يموت لا يسقط شىء مما كان على المستأجر، ويرجع العبد على المستأجر بذلك إن لم يبع، وإن بيع، فالمولى يرجع على المستأجر بذلك؛ لأن العبد وكيل فى حق المستأجر، والوكيل بالشراء إذا أبرأه البائع عن الثمن أو وهب له الثمن كان له الرجوع على المشترى؛ لما عرف أن براءة الوكيل[1] توجب دينًا للبائع على الوكيل، ودينًا للوكيل على الموكل، فسقوط دين البائع عن الوكيل بالإبراء أو بالهبة لا يوجب سقوط دين الوكيل عن الموكّل، فكذا ههنا.

ولو كان المستأجر حين استأجره ليشترى له البرّ خاصة ويبيع، فاشترى وباع فما ربح فيه، فهو للمستأجر، وما كان من وضيعة، فهو على المستأجر.

ولو اشترى الخز، وباع وربح فيه، فهو للمولى، لا يكون للمستأجر من ذلك شىء، وما كان من وضيعة، فهو فى عتق العبد يباع، ولا يكون على المولى من ذلك شىء، وهذا لما ذكرنا أن العبد فى حق المستأجر وكيل، والوكالة قابلة للتخصيص،

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم: "شراء الوكيل".

فاقتصر التوكيل على البرّ، فما يشترى من البرّ يشترى بوكالة المستأجر، فيكون ربحه للمستأجر ووضيعته على المستأجر، وما يشترى من الخز[١] لا يشترى بوكالة المستأجر، فلا يكون ربحه ووضيعته للمستأجر وعلى المستأجر، بل يكون الربح للمولى، والوضيعة فى عنق[٢] العبد؛ لأنه مأذون فى التجارة من جهة المولى؛ لما ذكرنا أن الإجارة لعمل التجارة إذن فى التجارة أكثر ما فى الباب أن الإجارة كانت للتجارة فى البرّ، إلا أن الإذن بالتجارة لا يقبل التخصيص، فإذا ثبت الإذن بالتجارة فى البرّ يثبت فى الأنواع كلها.

قلنا: والمأذون فى التجارة إذا اشترى شيئًا، فربحه يكون لمولاه، ووضيعته فى عنق[٣] العبد.

١٩٠٢٦- رجل أذن لمدبّره فى التجارة، فأمر رجل المدبّر أن يشترى له جارية بخمسة آلاف درهم، فاشتراها، قد ذكرنا قبل هذا أن المأذون إذا توكل عن غيره بشراء شيء نسيئة لا يجوز قياسًا واستحسانًا، وإذا توكل عن غيره بشراء شيء نقدًا يجوز استحسانًا، وإذا جاز التوكيل استحسانًا، فاشترى جارية كما أمره، ودفعها إلى الآمر، فماتت عنده، أو أعتقها، أو استولدها، أو ماتت فى يد المدبّر قبل أن يدفعها إلى الآمر، فذلك سواء، يهلك على الآمر؛ لأن قبض المأمور كقبض الآمر بنفسه، فصار هلاكها فى يد المدبّر كالهلاك فى يد الآمر[٤]، وكان للبائع أن يبيع المدبّر بالثمن؛ لأن المدبّر عاقد، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد، ولو أراد البائع أن يتبع الآمر ليس له ذلك؛ لأنه لم يجر بينه وبين الآمر عقد، فصار الأمر فى حقه كالآجنبى.

١٩٠٢٧- وإذا بيع المدبّر كان له أن يستسعيه فى الثمن؛ لأن الثمن تعلق برقبة المدبّر، وامتنع الاستيفاء ببيعه؛ لأن التدبير يمنع البيع، فتعين الاستيفاء بالسعاية، وللمدبّر أن يرجع على الآمر بعد أن يؤدى بنفسه وقبله؛ لأن المدبّر وكيل بالشراء،

(١) وكان فى جميع النسخ: "الحر".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "عتق".

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "عتق".

(٤) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف: "البائع" مكان: "الآمر".

وللوكيل بالشراء أن يرجع بالثمن على الموكّل قبل الأداء بنفسه وبعده، وإن لم يكن عند المدبّر ولا عند الآمر شيء، فجاء عبد، وقطع يد المدبّر، ودفع العبد بالجناية، أو اكتسب المدبّر جارية بتجارة أو هبة، فإن العبد المدفوع بالجناية والجارية المكسوبة يباعان بدين المدبّر إلا أن يفديهما المولى.

أما الجارية المكسوبة فظاهر؛ لأن دين المدبّر يشغل كسبه، وأما العبد المدفوع بالجناية فينبغي أن لا يباع بدين المدبّر؛ لأنه بدل جزءه، ودين المدبّر لا يشغل جزءه حتى لا يباع جزء من أجزاءه في الدين، فكيف يشغل بدل جزءه.

ولكن الوجه في ذلك أن يقال: بأن العبد المدفوع بدل جزء من رقبة المدبّر، وحق البائع تعلق برقبته، حتى يقضى من بدل رقبته، فكذا يتعلق بسائر أجزاءه إلا أنه لا يباع كل جزء من أجزاء المدبّر لعدم قبوله البيع، والبدل فارق الأصل في حق قبول البيع، فيفارقه في حق البيع، ألا ترى أن دين المدبّر يقضى من بدل رقبته، ولا يقضى من رقبته، وكذلك حق الغرماء يتعلق ببدل يد البعد المأذون حتى يباع بالدين، وإن كانت اليد وحدها لاتباع، ما كان الطريق إلا ما قلنا.

فإن فداهما المولى رجع بجميع الفداء على الآمر، والذي يلي الرجوع هو المولى دون المدبّر؛ لما مرّ قبل هذا، وإن أبى المولى الفداء، بيعا بألفي درهم كل واحد منهما بألف درهم، وأخذ البائع جميع ذلك بدينه، ويرجع المولى بثمن العبد المدفوع على الآمر، ولا يرجع بثمن الجارية المكتسبة؛ لأن العبد المدفوع بدل الطرف، وطرف المدبر ما سلّم للمولى من جهة المدبّر حتى يتعلق السلامة بشرط الفراغ عن حاجة المدبر، فيكون قياس بدل رقبة العبد المأذون على ما مرّ تقديره قبل هذا، فأما الجارية المكتسبة إنما كانت تسلم للمولى من جهة المدبّر، فيتعلق سلامتها للمولى بشرط الفراغ عن حاجته، ولم يفرغ ولكن المدبر يرجع بثمن الجارية المكتسبة، وبما بقي من دين البائع على الآمر وذلك أربعة آلاف درهم؛ لأن المدبر هو العاقد، والحقوق راجعة إلى العاقد، وقد بقي مأذونًا لانعدام ما يوجب الحجر، فيملك الاستيفاء والتقاضي، بخلاف العبد المأذون إذا بيع في الدين؛ لأنه ينحجر بالبيع، فلا يملك التقاضي والاستيفاء، أما المدبر بقي مأذونًا، ويرجع على الآمر بأربعة آلاف درهم تصرف ثلاثة آلاف منهما إلى البائع بقية دينه، إذا

كان دينه خمسة آلاف درهم، وقد وصل إليه ألف درهم، وتصرف الألف الآخر إلى المولى؛ لأنه بدل كسبه، وقد فرغ عن دينه فتصرف إلى المولى.

فإن لم يقبض المدبر ولا المولى شيئًا من الآمر حتى مات الآمر وقد ترك ألف درهم يقسم ذلك على خمسة أسهم: سهم يصرف إلى المولى، وأربعة أسهم تصرف إلى المدبر حتى يدفع ذلك إلى البائع؛ لأن حق المولى فى ألف درهم ثمن العبد المدفوع، وحق المدبر فى ألف درهم ثمن الجارية المكتسبة؛ لأنه بدل كسبه ولم يفرغ عن حاجته، وحق الغرماء فى ثلاثة آلاف درهم بقية دينهم، فيجعل كل ألف سهمًا، فيصير خمسة أسهم: سهم من ذلك للمولى حصة ثمن العبد المدفوع، وأربعة أسهم يأخذها المدبر، سهم منها حصة ثمن الجارية المكتسبة، وثلاثة أسهم حق الغرماء إلا أن حق الرجوع به للمدبر لكونه واجبًا بعقد، والحقوق راجعة إلى العاقد على ما مرّ.

ولو لم يقطع يد المدبرّ، ولكنه قتل خطأ، وغرم القاتل قيمته صرف ذلك إلى البائع؛ لأن حق البائع تعلق برقبة المدبر، ألا ترى أنه أن يستسعيه إلا أن المدبر لم يسع لعدم الإمكان، والبدل فارق الأصل فى حق الإمكان، فيفارقه فى حق التبع[1]، ألا ترى أن الحرّ إذا قتل خطأ وعليه ديون صرف دينه إلى ديونه وإن كان لا يقضى ديونه من رقبته، وما افترقا إلا لما قلنا، ويرجع المولى بقيمة المدبّر على الآمر؛ لأنها ملك المولى، وقد وقع بها قضاء دين الآمر بأمره، فكان له أن يرجع بذلك عليه بخلاف ثمن العبد الموهوب؛ لأنه بدل كسب المدبّر، فيعتبر حقًا له إلا أن يفرغ عن حاجته.

١٩٠٢٨- رجل استأجر رجلا مدة معلومة ليبيع له ويشترى ما بدا له من التجارة، فاشترى وباع، ولحقه ديون كثيرة، فقتل خطأ، وترك ألف درهم، فغرماءه أحق بدينه، وبالألف المتروك من وارثه؛ لأن الكل متروك الميت، والدين فى متروك الميت مقدم على الميراث، فيصرف الألف المتروك والدية إلى الغرماء، فبعد ذلك ينظر إن لم يبق من دين الغرماء شيء، فالوارث يرجع على المستأجر بما وجب لمورثه عليه، وإن بقى شيء من ديونهم، فالقاضى ينصب وكيلا حتى يرجع على المستأجر بذلك؛ لأن الوارث عاجز عن المطالبة، والاستيفاء لمكان الدين؛ لأن يد الوارث مقصورة عن التركة مادام على

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها: "حق البيع".

الميت دين، فينصب القاضى وكيلا لهذا.

فإذا أخذ الوكيل ذلك عن المستأجر صرف إلى الغرماء بقية حقوقهم، فإن فضل شىء من حقوقهم صرف إلى الوارث، فإن مات المستأجر قبل أن يؤدى شيئًا، وترك من المال ما لايفى بالديون يصرف ذلك إلى الغرماء، وإن قال الوارث: أنا أصرف بدية المقتول وبألف المتروكة لا يلتفت إلى قوله: بخلاف قيمة المدبر، وثمن العبد المدفوع، فإن المولى يصرف بذلك فى تركة المستأجر.

١٩٠٢٩- والفرق أن قيمة المدبر مال المولى، وكذلك ثمن العبد المدفوع، ؛ لأنه بدل رقبة المدبّر وأجزاءه، ورقبته وأجزاءه ما كان يسلّم للمولى من جهته حتى يتعلق سلامته للمولى بشرط الفراغ عن حاجته، فكذلك بدل ملك المولى وحقه، وقد صار دين المستأجر به مقضيًا، فصار دينًا للمولى عليه، فصار المولى كواحد من الغرماء، فيضرب معهم بخلاف دية المقتول والألف المتروكة؛ لأنها كسب المقتول، وإنما يصير للوارث من جهة المقتول، فيتعلق سلامته للوارث بشرط الفراغ عن حاجته، ولم يوجد، فلم يصر ذلك حق الوارث ليقال: بأن دين المستأجر صار مقضيًا من حق الوارث، فيصير ذلك دينًا للوارث على المستأجر، ويصير الوارث من غرماء المستأجر، فلا يستحق الضرب به أبدًا.

١٩٠٣٠- مدبّر عليه دين قطع عبد يده، فدفع العبد باليد، ووهب للمدبّر جارية، ثم إن المولى أعتق المدبّر لا شىء للغرماء على المولى؛ لأن المولى بالإعتاق لم يبطل عليهم حقًا؛ لأن حق الغرماء فى استسعاءه، وفى كسبه والاستسعاء باق بعد الإعتاق، وكسبه يخلص له، فليس له فى هذا الإعتاق إبطال حق على الغرماء، فلا يضمن لهم، فإن أدّى المدبّر دين الغرماء من كسب اكتسبه بعد العتق يرجع فى الجارية الموهوبة فيما أدّى من الدين من كسبه، ولا يرجع فى العبد المدفوع، بل العبد المدفوع يسلّم للمولى.

والفرق أن الموهوب كسب المدبّر يسلّم لمولى من جهة المدبّر بشرط الفراغ عن حاجة المدبّر، فإذا كان على المدبّر دين، لم يوجد الشرط، فلم يصر للمولى، بل بقى مستحقًا بدين المدبّر، فإذا قضى المدبّر دينه من كسب اكتسبه بعد العتق، وهو كان مضطرا

فى ذلك لعدم إمكان القضاء من الموهوب له، أما لعدم وصول يد مالية أو لأنه لم يجد من يشتريه كان له حق الرجوع بما صار مستحقًا بدينه.

أما العبد المدفوع بالجناية ليس كسب المدبّر، وما كان يسلم للمولى من جهة المدبّر ليتعلق سلامته للمولى بشرط الفراغ عن حاجة المدبّر، لكن المولى كما كان يتحمل الدين عنه ببيع العبد المدفوع بالجناية، فإنما يتحمل دينه إذا لم يقض دينه من مال آخر، أما إذا قضى فلا.

قال فى الكتاب: ألا ترى أنه لو كان مكان الجارية الموهوبة ألف درهم وهب له، ثم إن المدبّر أخذ بالدين فلم تصل يده إلى الألف الموهوبة، فأدّى الدين من مال اكتسبه بعد العتق، أما كان له أن يرجع فى الألف الموهوبة لا شك أنه يرجع.

وقال أيضًا: ألا ترى أن المولى لو أعتق العبد المأذون المديون وضمن قيمته للغرماء لإبطاله عليهم حق البيع بالإعتاق، وكان للغرماء الخيار بين اتباع المولى وبين اتباع العبد، فاختاروا اتباع العبد، وأخذوا منه الدين من كسب اكتسبه بعد العتق، ثم أراد أن يرجع على المولى بما أدّى، أكان له ذلك؟ لا شك أنه ليس له ذلك؛ لأن المولى كان يتحمل الدين عنه، فإنما يتحمل إذا لم يقض دينه من مال آخر أورد هذا أيضًا: حالما تقدم من الفرق.

١٩٠٣١- وذكر فى "المنتقى": العبد المحجور إذا اكتسب عشرة دراهم بغير إذن مولاه، بأن آجر نفسه بغير إذنه من رجل بعشرة دراهم، وعمل له عملا، ثم اشترى بها ثوبًا، والمولى ينظر إليه ويسكت، فالعبد يصير مأذونًا فى التجارة بسكوته عنه حين رآه يشترى، وللسيّد أن يرجع بالدراهم على العبد؛ لأن العبد اكتسبها فى حالة الحجر، فكأنها مال السيّد، ويرجع البائع بالعشرة الدراهم دينًا على العبد.

١٩٠٣٢- وفيه أيضًا: العبد المأذون إذا لحقه دين يحيط بقيمته، فباعه المولى بغير إذن الغرماء، وأعتقه المشترى، فعتقه موقوف، إن أجاز الغرماء البيع نفذ، وعتقه موقوف أيضًا: إن أمضى الغرماء البيع بطل عتقه، وإن ردّوه نفذ عتقه، وهذا قول محمد، وأما أبو حنيفة رحمه الله: فإنه لا يجيز عتق المولى إذا كان على العبد دين يحيط بقيمته إلا أن يقضى دين العبد، وجعله بمنزلة الوارث، قال الحاكم أبو الفضل: هذا

خلاف رواية الأصل.

١٩٠٣٣- وفيه أيضًا: عبد مأذون عليه دين باع المولى منه ثوبًا فى يد المولى، كان الثمن دينًا للمولى على العبد فى الثوب يباع الثوب، ويستوفى المولى دينه من ثمنه، والفضل للغرماء، وإن كان فيه نقصان، بطل ذلك القدر.

١٩٠٣٤- وفيه أيضًا: عبد محجور عليه اشترى ثوبًا، ولم يعلم المولى بذلك حتى باع العبد، ثم أجاز شراءه لم يجز، ولو كان العبد باع ثوبًا من رجل ولم يعلم به المولى، فباع العبد، ثم أجاز البيع جاز.

١٩٠٣٥- وفيه أيضًا: العبد المأذون إذا أذن لعبده فى التجارة، ثم إن المولى نهى العبد الأسفل عن بيع شىء من تجارة العبد الأعلى، أو من تجارة نفسه، ولا دين على واحد منهما، فنهيه ليس بشىء، وكذلك إن حجر عليه فى سوقه، وقد مرّت المسألة من قبل.

١٩٠٣٦- الحسن بن زياد فى "المجرد" عن أبى حنيفة رحمه الله: رجل أذن لأمته فى التجارة، فلحقها ديون، ثم إن المولى وطئها، إن لم ينقصها الوطء، فلا سبيل للغرماء على المولى، وإن نقصها الوطء، فعليه العقر للغرماء.

١٩٠٣٧- وفى "المنتقى": إذا كان على العبد المأذون دين، فأعتقه مولاه بإذن الغريم، فللغريم أن يضمن المولى قيمته، وليس هذا كعتق الراهن بإذن المرتهن وهو معسر، قال: لأنه قد يخرج من الرهن، والمأذون لا يبرأ عن الدين.

١٩٠٣٨- وعن أبى يوسف رحمه الله: فى العبد المأذون إذا بيع حل كل دين عليه إلى أجله، وإن أعتقه لم يحلّ ما عليه، وكان إلى أجله، وفى باب الحجر من "المنتقى": إذا حجر عليه المولى، وعليه دين مؤجل، فهو مؤجّل.

وفى "المنتقى": عبد مأذون حجر عليه المولى، ونهى غرماءه أن يعطوه من دينه شيئًا، قال: إن أعطاه الغرماء برئوا.

١٩٠٣٩- وفيه أيضًا: عبد محجور عليه أدان دينًا، فنهى مولاه الذى عليه الدين أن يدفعه إلى العبد، فقضاه الغريم، فإن كان ردّ على العبد الدراهم التى أخذها منه

بأعيانها، فهو بريء، وإن قضى غيرها لم يبرأه، وهذا قول أبي يوسف، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : يبرأ في الوجهين جميعًا.

١٩٠٤٠- ذكر ابن سماعة في "نوادره" عن محمد رحمه الله : رجل ادّعى دينًا على صبيّ مأذون له في التجارة، فإنه يحلف عليه، وهو بمنزلة الكبير في ذلك.

١٩٠٤١- وفي "نوادر إبراهيم" عن محمد رحمه الله : إذا أذن القاضي لعبد الصغير في التجارة وأبوه حيّ كاره، جاز ذلك، وقد مرّت المسألة من قبل.

وإذا مات القاضي لم يكن ذلك حجرًا على العبد، وليس للأب أن يحجر على العبد؛ لأن ذلك حكم من القاضي، فلا يبطل بموته ولا ينقضه أحد، وكذلك إن أذن لليتيم في التجارة، ثم مات، أو عزل لم يكن حجرًا، وإن كان الأب أو الوصيّ أذن للصبي في التجارة، ثم ماتا، فهو حجر عليه.

١٩٠٤٢- المعلى في "نوادره" عن أبي يوسف رحمه الله : رجل أقرض صبيًا مالا، فاستهلكه، فلا ضمان عليه يريد به صبيًا محجورًا؛ لأنه سلطه على الاستهلاك، قال : وليس هذا كالوديعة.

١٩٠٤٣- الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله : للصبيّ المأذون أن يأذن لعبده في التجارة، وإقرار الصبيّ المأذون باستهلاك مال جائز، ولا يجوز إقراره بقبض ماله من الوصي، ودفع الوصيّ إليه ماله بعد الإذن جائز، وإذا أذن لعبده في التجارة، ولحقه دين كثير، ثم إن العبد أراد أن يرهن عبد من عبيده بعض غرماءه، وأبى بقيتهم، فللغرماء أن يمنعوه من ذلك؛ لأنه يؤثر بعض غرماءه على بعض في الإيفاء الحكمي، فيعتبر لما لو آثر بعض غرماءه على بعض في الإيفاء الحقيقي بالقضاء، والإيثار في الإيفاء الحقيقي بالقضاء لا يصحّ من العبد المأذون؛ لما فيه من إبطال حق الباقين عن المؤدى؛ لأن حقوق الكل يتعلق بكسبه، فكذا الإيثار بالإيفاء الحكمي.

وكان كالمريض إذا آثر بعض غرماءه على البعض بالرهن أو القضاء، فإنه لا يقدر عليه؛ لأنه تعلق حق جميع الغرماء بماله على السواء، فكذلك هذا، وإنما قلنا : آثر بعض غرماءه على البعض في الإيفاء الحكمي؛ لأن الإرهان إيفاء حكمًا، فإن الراهن متى هلك في يد المرتهن يصير مستوفيًا عين حقه، كما لو أوفاه حقيقة، ولهذا جاز الرهن

بالسلم، وببدل الصرف.

ثم قال: وهذا إذا كان الدين بإقرار من العبد، وذلك لأن الدين متى وجب عليه بسبب الشراء أو القرض، وأدّى القرض أو الثمن، صحّ؛ لأنه بهذا لا يبطل حق الباقين، بل ينقل حقهم من مال إلى مال، وله ذلك، فأما فى الدين الواجب بإقراره، متى صحّ الإيثار، كان إبطالا لحق الباقين فى المؤدى وإليه النقل، وليس إليه الإبطال.

هذا إذا كان لجماعة عليه دين، فأما إذا كان الدين عليه لواحد من الناس، فرهن منه شيئًا صحّ رهنه؛ لأنه متى لم يكن عليه دين إلا للمرتهن لم يصر مؤثرًا هذا على غيره بالإيفاء الحكمى، ألا ترى لو قضى دينه حقيقة جاز، فكذا إذا قضى دينه حكمًا، وإذا صحّ الرهن، فإن تراضيا على أن يضعا[1] الرهن فى يد المولى، فإن المولى لا يصلح عدلا، حتى لو هلك الرهن فى يد المولى كان الدين على العبد على حاله؛ وذلك لأن قبض الرهن قبض للدين من حيث الحكم، فإنه متى هلك الرهن صار قابضًا لدينه، والمولى لا يصلح وكيلا للأجنبى بقبض الدين من عبده، فكذا لا يصلح عدلا بقبض الرهن من عبده، وإنه قبض الدين حكمًا، وإذا لم يصحّ توكيل المولى بقبض الرهن من عبده، صار الحال بعد الوكالة كالحال قبله، وقبل الوكالة لو دفع العبد هذا المال إلى مولاه، وضاع فى يده كان الدين على حاله، وكان المولى أمينًا فى ذلك، فكذلك بعد التوكيل، والتوكيل لم يصحّ.

قال: ولو كان الذى وضع الرهن على يده عبدًا آخر للمولى، أو مكاتبًا للمولى صحّ التوكيل، وصار عدلا إن هلك الرهن فى يده هلك بما فيه، وذلك لأن عبدًا آخر للمولى أو مكاتبًا له، يصلح وكيلا للأجنبى بقبض الدين من عبده، فصلح عدلا بقبض الرهن من عبد مولاه، وإذا صحّ التوكيل كان الجواب فيه كالجواب فيما لو وضعاه على يدى أجنبى، ولو وضعاه على يدى أجنبى، وهلك الرهن فى يده هلك بما فيه، فكذلك هذا.

قال: ولو كان العبد الذى وضع الرهن على يده عبدًا مأذونًا له فى التجارة صلح عدلا حتى لو ضاع الرهن فى يده ضاع فيما فيه؛ لأن العبد الأسفل يصلح وكيلا

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل: "على أن يضعا النصف الرهن".

للأجنبى بقبض الدين من العبد الأعلى ؛ لأن الأسفل من العبد الأعلى ، والأسفل كسب الأعلى بمنزلة العبد من المولى ، والعبد يصلح وكيلا بقبض الدين من مولاه ، فكذا العبد الأسفل صلح وكيلا بقبض الدين من الأعلى ، ولما صلح الأسفل وكيلا للأجنبى بقبض الدين من العبد الأعلى صلح وكيلا عنه ، بقبض الرهن أيضًا .

قال : ولو كان المال للأجنبى على المولى ، فرهنه به رهنًا ، ووضعه على يد العبد المأذون له ، فضاع وذهب بما فيه برئ المولى من الدين ؛ لأن المأذون يصلح وكيلا للأجنبى بقبض الدين من مولاه ، فصلح وكيلا له بقبض الرهن من مولاه ، وإذا صار عدلا إذا هلك الرهن هلك بما فيه ؛ لأن يد العبد يد المرتهن من وجه ، والرهن متى هلك فى يد المرتهن ، هلك بما فيه .

قال : وكذلك لو قال العبد : قد هلك الرهن ، ولا يعرف إلا بقوله كان القول قوله ، وبرئ المولى من الدين كما لو كان العدل أجنبيًا .

١٩٠٤٤ - قال : وإذا أذن الرجل لعبده فى التجارة ، فلحقه دين كثير بإقرار منه ، فأحال العبد أحد الغرماء بدينه على رجل حرّ ، هل تصحّ الحوالة أم لا؟ فهذا على وجهين : إما أن تكون الحوالة مقيدة أو مطلقة مرسلة ، فإن كانت الحوالة مقيدة ، بأن قال المأذون لصاحب الدين : أحلتك على فلان بالدين الذى لى على فلان لا يصحّ ؛ لأنه آثر بعض غرماءه على بعض بدين من كسبه ؛ لأن الدين الذى عملت الحوالة قد كان من كسبه ، وكان مشتركًا بين غرماءه ، ومتى صحت الحوالة بها يصير للمحتال له على الخصوص ، والعبد المأذون لا يملك إيثار بعض غرماءه على البعض بشىء من كسبه .

فأما إذا كانت الحوالة مرسلة بأن قال : أحلتك على فلان بألف درهم ، ولم يقل : بالدين الذى لى على فلان ، فالحوالة جائزة ؛ لأن الحوالة متى كانت مرسلة لم يصر مؤثرًا بعض غرماءه على بعض بشىء من كسبه ، أما إذا لم يكن له على المحتال عليه دين فلا إشكال ، أنه لم يؤثر بشىء من كسبه على بعض الغرماء ، إنما طلب من المحتال عليه أن يقضى دين غريم من غرماءه ، حتى يرجع عليه بذلك ، فيقوم المحتال عليه مقام ذلك الغريم الذى استوفى حقه من الغرماء ، ولا ضرر فى هذا على الغرماء .

وإن كان له على المحتال عليه دين إلا أنه لم يعلق الحوالة بها ، فكذلك لم يؤثر

بشيء من كسبه بعض غرماءه على بعض ؛ لأنه لم يجعل الدين الذى له على المحتال عليه للمحتال له لما لم يعلق الحوالة بها ، بل بقى مشتركًا بعد الحوالة ، كما كان قبل الحوالة ، وإنما أمره بأن يقضى غريمًا من غرماءه من ماله ، حتى يرجع عليه بمثل ذلك ، فيقوم المحتال عليه مقام ذلك الغريم ، فليس فى هذا إيثار بعض الغرماء ، فصحّت الحوالة ، وإذا صحّت الحوالة المرسلة من العبد كان المحتال عليه ضامنًا للمال ، وبرئ العبد من الدين ؛ لأن الحوالة متى صحّت ، صار المحتال عليه ضامنًا للمال ، وبرئ المحيل عن الدين بخلاف الكفالة على ما عرف .

فلو أن المحتال له وكّل العبد المحيل بقبض ماله على المحتال عليه من الدين ، فإنه لايصحّ التوكيل حتى لو دفع المحتال عليه الدين إلى العبد بمعاينة الشهود ، أو أقر العبد أنه قبض منه ، فإنه لا يبرأ المحتال عليه ؛ لأنه بهذ القبض عامل لنفسه ، والعامل لنفسه لا يصلح وكيلا ، وإنما قلنا : عامل لنفسه ؛ لأن العبد بهذا القبض إن كان لا يبرئ نفسه ؛ لأنه برئ بالحوالة ، فإنه يؤكّد براءته عن الدين بقبض الدين من المحتال عليه ؛ لأنه يتوهم عود الدين إليه متى مات المحتال عليه مفلسًا قبل قبض الدين ، وبعد القبض لا يعود الدين إليه ، ولهذا قالوا : بأن المحيل لو قضى الدين بعد الحوالة لا يجعل متبرعًا ؛ لأنه يؤكّد برأته عن الدين ، فلم يجعل متبرعًا كما لو كان يبرئ نفسه ، وإذا كان بهذا القبض يؤكّد براءة نفسه لم يصلح وكيلا كما لو كان برئ نفسه ؛ لأن التاكيد فى الأحكام ألحق بالإيجاب كما فى شاهدى الطلاق قبل الدخول بها إذا رجعا يضمنان نصف الصدق للزوج ؛ لأنهما بالشهادة أكّدا عليه ما كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها ، فقيل : بأنهما يضمنان ، فكذلك هذا .

وإن كانت الألف فى يدى القابض ردّها على صاحبها ، وإن ضاعت فى يده لم يكن عليه ضمان ؛ لأن التوكيل من صاحب الدين لما لم يصحّ صار المحتال عليه دافعًا ماله إلى العبد المحيل ليقضى بذلك دينه ، فما دام قائمًا فى يده كان له أن يأخذها ، وإذا هلكت فى يده لم يكن على القابض ضمان .

قال : ولو كان الوكيل بقبض الدين من المحتال عليه عبدًا آخر للمولى ، أو مكاتبًا للمولى ، أو أب المولى ، أو ابنه جاز ؛ لأن عبدًا آخر للمولى ، أو مكاتبًا للمولى يصلح

وكيلا بقبض دين يفيد البراءة لعبد مولاه، فلأن يصلح وكيلا بقبض دين يؤكد براءة عبد مولاه أولى وأحرى.

١٩٠٤٥- ذكر في مأذون الصغير: إذا اشترى العبد متاعًا فقال البائع: أنا أريد أن أفسد البيع؛ لأنك عبد محجور عليك، فقال العبد: لا، بل أنا مأذون له كان القول قول العبد، وقد مرّت المسألة من قبل استشهد في الكتاب، فقال: ألا ترى أنه لو لم يكن إذن له قطّ، ثم أجاز الساعة هذا، فقال: قد أذنت له فيه كان شراءً جائزًا؛ وذلك لأن شراء المحجور توقف على إجازة المولى على ما عرف، فإذا قال: قد أذنت له فيه كان هذا إجازة منه للشراء.

قال: فإن كان المولى غائبًا، فقال البائع للعبد: أنت محجور عليك، وقال البعد: كذبت بل أنا مأذون لي، أتجيز البيع؟ قال: نعم أجيزه حتى أعلم أنه محجور عليه، لم يذكر هذا الوجه في مأذون الكبير، وإنما ذكرها في مأذون الصغير، وإنما جاز البيع وذلك لأن قول الواحد العدل حجة في المعاملات على ما عرف في كتاب الاستحسان.

فإن قيل: قول الواحد حجة في المعاملات إذا لم ينازع في خبره، والبائع نازع المأذون في خبره.

فالجواب أنه ترك المنازعة لما باع منه، وقول الواحد في المعاملات مقبول إذا لم ينازع في خبره، ثم استشهد فقال: ألا ترى أن رجلا لو باع ثوبًا، وقال: إن الثوب لفلان وكّلني ببيعه، وقال المشتري: كذبت لم يوكّلك ببيعه، أجزت البيع، أشار إلى أن قول الواحد حجة في المعاملات لضرورة على ما عرف.

١٩٠٤٦- وفيه أيضًا: العبد المأذون له في التجارة إذا اشترى أباه أو أمه أو ذا رحم محرم منه لايعتق عليه، وله أن يبيعه، لم يذكر هذه المسألة في مأذون الكبير، وإنما ذكر في مأذون الصغير، وإنما لم يعتق عليه؛ لأن القريب إنما يعتق على القريب بالقرابة والملك، وههنا إن وجدت القرابة لم يوجد الملك؛ لأن العبد المأذون لا يملك كسبه، فلهذا لم يعتق عليه قريبه.

١٩٠٤٧- وفيه أيضًا: العبد المأذون المديون إذا رهنه المولى، فللغرماء أن يطلبوا الرهن؛ لأن الرهن لو صحّ، يبطل حق الغرماء في الدين والاستسعاء، وكل تصرف

يبطل حق الغرماء كان لهم نقض ذلك.

١٩٠٤٨- وفيه أيضًا: عبدان تاجران كل واحد منهما لرجل اشترى كل واحد منهما صاحبه من مولاه إن علم أيهما أول وليس عليه دين فشراء الأول صاحبه جائز، وشراء الثانى باطل، وتفسير هذه المسألة وهو أن يكون لزيد عبد يسمّى مبارك وهومأذون له فى التجارة، ولعمرو عبد مأذون له فى التجارة يسمّى سالم، فاشترى سالم المبارك من زيد، وقد علم شراءه أولا كان شراء سالم المبارك جائزًا؛ لأنه مأذون له فى التجارة اشترى عبدًا من أجنبى، ولا دين على العبد المشترى، فيكون الشراء جائزًا، فإن اشترى مبارك بعد هذا سالمًا من مولاه كان شراءه باطلا؛ لأنه اشترى سالمًا من مولاه عمرو بعد ما صار جميعًا لعمرو، واشتراء العبد شيئًا من مولاه، ولا دين عليه أى على العبد باطل.

هذا إذا علم أى الشرائين أول، فأما إذا لم يعلم فالبيع مردود كله؛ لأن أحد الشرائين جائز، والآخر فاسد، ولا يدرى الفاسد من الجائز، وليس أحدهما بأن يعين للجواز، والآخر للفساد بأولى من صاحبه، ففسدا جميعًا، وكان كمن تزوج امرأة فى عقدة، وأختها فى عقدة إن علم السابق منهما، فالسابق جائز، والثانى باطل، وإن لم يعلم السابق منهما بطلا جميعًا؛ لأن أحدهما جائز، والآخر فاسد، ولا يدرى الفاسد من الجائز، وليس أحدهما بأن يعين للفساد، والآخر للجواز بأولى من صاحبه، ففسدا جميعًا، فكذلك هذا.

قال: فإن كان على كل واحد منهما دين، هل يجوز الشراء الأول؟ قال: لا إلا أن يجيز ذلك الغرماء، وذلك لأن الأول اشترى عبدًا مأذونًا من صاحب العبد، وعلى العبد المشترى دين حال وشراء عبد، وعليه دين حال باطل إلا أن يجيزه الغرماء، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين كان شراء الأول جائزًا؛ لأنه اشتراه من مولاه ولا دين عليه، فكان شراءه جائزًا.

١٩٠٤٩- وفيه أيضًا: العبد التاجر إذا اشترى أمة فوطئها فولدت، فادّعى الولد، وأنكر مولاه يجوز ادّعاءه، ويثبت نسبه منه، ذكر هذه المسألة فى هذا الكتاب، ولم يذكرها فى مأذون الكبير، وإنما يثبت نسبه من العبد، وإن كذبه مولاه فى ذلك؛ لأن

للعبد في كسبه شبهة ملك إن لم يكن له حق ملك، ولا حقيقة ملك، وشبهة الملك كافية لثبات النسب، وإن كذبه المالك في ذلك، وهذا كالأب إذا ادّعى ولد جارية ابنه يثبت نسبه منه، وإن كذبه الابن في ذلك مع أنه ليس للأب في مال ولده حقيقة ملك، ولا حق ملك، إنما يثبت؛ لأن له في كسب ولده شبهة ملك ثبت بقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[1]، فكذا للعبد في كسبه شبهة ملك؛ لما بيّنا قبل هذا أن العبد متصرف لنفسه من وجه بحكم انفكاك الحجر كما بعد العتق، ومن وجه للمولى كالوكيل، فباعتبار الأول يجب أن يكون الملك في كسب العبد للعبد كما بعد العتق، ومن حيث إنه ينصرف للمولى يجب أن يكون للمولى، فأثبتنا له شبهة ملك ليكون عملا بالأمرين بقدر الإمكان.

قال صاحب الكتاب: قلت: فإن كانت جارية لمولاه من غير تجارة العبد، قال: لا يثبت النسب إذا كذبه في ذلك مولاه؛ لأنه ليس له في مال مولاه الذي ليس له من تجارته لا حق ملك ولا حقيقة ملك، ولا شبهة ملك، وإنما له شبهة ملك في كسبه.

١٩٠٥٠- وفيه أيضًا: إذا أقر أنه وطئ جارية من كسبه ولم تلد، ثم استحقها رجل لا يكون على العبد مهرها، وهذا من خصائص هذا الكتاب لم يذكرها في مأذون الكبير، إنما المذكور في مأذون الكبير أن المأذون إذا اشترى جارية ووطئها ثم استحقت، قال: عليه المهر، وهنا قال: لا مهر عليه، ولا فرق بين المسألتين من حيث المعنى، وإنما افترقا لافتراقهما في الموضوع، موضوع ما ذكر في مأذون الصغير أن العبد أقر بالوطء، والوطء لم يثبت بإقراره في حق المولى إذا كذبه المولى في إقراره؛ لأنه أقر بما لم يدخل تحت الإذن، فإن الوطء غير داخل تحت الإذن، وإقرار المأذون بما لم يدخل تحت الإذن لا يصحّ في حق المولى إذا كان متهما في ذلك، وإذا لم يثبت الوطء في حق المولى لم يؤاخذ بالمهر للحال، وإنما يؤاخذه به بعد العتق.

(١) أخرجه ابن حبان في "صحيحه" ٢/ ١٤٢ حديث (٤١٠) و١/ ٧٥ حديث (٤٢٦٢) وابن ماجه في "سننه" ٢/ ٧٦٩ حديث (٢٢٩٢) والشافعي في "مسنده" ١/ ٢٠٢ وابن أبي شيبة في "مصنفه" ٤/ ٥١٦-٥١٧ حديث (٢٢٦٩٤ و٢٢٧٠٠) والبيهقي في "سننه الكبرى" ٧/ ٤٨٠ حديث (١٥٥٢٧) وعبد الرزاق في "مصنفه" ٩/ ١٣٠ حديث (١٦٦٢٨) والطحاوي في "معاني الآثار" ٤/ ١٥٨ و٢/ ٦٣، وأحمد في "مسنده" ٢/ ٢٠٤ حديث (٦٩٠٢) و"مسند البزار" ١/ ٤٢٠ حديث (٢٩٥) وغيره.

وموضوع مسألة مأذون الكبير أن الوطء يثبت بإقرار المولى أو بالبينة، إذا ثبت الوطء، أخذ بالمهر؛ لأن المهر إنما لزمه بسبب الشراء، والشراء داخل تحت الإذن بخلاف ما لو ثبت نكاحه بإقرار المولى أو بالبيّنة، فإنه لا يؤاخذ بالمهر للحال؛ لأن المهر إنما يلزمه بسبب النكاح، والنكاح غير داخل تحت الإذن، فيكون هذا دينًا، وجب على العبد بغير إذن المولى، فلايؤاخذ به للحال.

١٩٠٥١- وفيه أيضًا: إذا دفع الرجل إلى عبده مالا يتجر به، فمات العبد وعليه دين، ولا يعلم أن المال الذى ترك مال المولى بعينه، قال: يقسّم بين الغرماء، وليس للمولى فيه شيء، لم يذكر هذا فى مأذون الكبير، وإنما لم يكن للمولى فيه شيء؛ لأنه إذا لم يعلم صار العبد مستهلكًا مال مولاه بالتجهيل، إلا أن العبد متى استهلك مال مولاه بالإتلاف، فإنه لا يضمن؛ لأنه لا يثبت للمولى على عبده دين، فكذا إذا استهلكه بالتجهيل، بخلاف ما لو دفع إليه أجنبى مالا؛ لأنه صار مستهلكًا مال الأجنبى بالتجهيل، فيصير ضامنًا كما لو استهلك ماله بالإتلاف.

١٩٠٥٢- وفيه أيضًا: العبد الرهن يأمره مولاه يبيع، ويشترى، ففعل فيلزمه فى ذلك دين، قال: الرهن على حاله؛ لأنه لو باع، أو آجر كان الرهن على حاله، فإذا أذن له فى التجارة أولى إلا أنه إذا لحقه الدين لا سبيل للغرماء على العبد مادام رهنًا؛ لأن للمرتهن حقًا فى الرهن، والحق فى الأحكام ملحق بالحقيقة، وللراهن حقيقة ملك فى المرهون، فصاركالعبد المشترك بين اثنين إذا أذن له أحدهما فى التجارة صحّ الإذن فيما لا ضرر فيه على الشريك، ولم يصحّ فيما عليه ضرر وهو إتواء الرقبة بالدين، فكذلك هذا، هكذا ذكر هذه المسألة فى هذا الكتاب، ولم يذكره فى مأذون الكبير، فهو من خصائص هذا الكتاب.

١٩٠٥٣- وفيه أيضًا: العبد إذا مات وعليه دين، فأعتق المولى عبدًا له، هل يجوز عتقه؟ فالجواب فيه كالجواب فيما لو أعتق حال حياته وعليه دين، وكل جواب عرفته ثمة، فهو الجواب ههنا، ذكر عتق المولى بعد موت العبد، وعليه دين فى هذا الكتاب، ولم يذكره فى مأذون الكبير.

١٩٠٥٤- وفيه أيضًا: إن وطئ المولى أمة للعبد، فجاءت بولد، فادّعاه وعلى

العبد دين، قال : أدع القياس فى هذا، وأستحسن، فأضمنّه قيمة الجارية، وأجعلها أم ولد له، وقد ذكر هذه المسألة فى مأذون الكبير، وقال : يصحّ دعوة المولى، ولم يذكر فيه القياس والاستحسان، وإنما ذكر القياس والاستحسان فى هذا الكتاب، وجه القياس ظاهر، وهوأنه استولد جارية لايملكها؛ لأنه لا يملك كسب عبده متى كان على العبد دين مستغرق على قول أبى حنيفة رحمه الله، فكان يجب أن لا يصحّ استيلادها كما لم يصحّ إعتاقها إلا أنه صحّ استحسانًا؛ لأن حق ملك فى كسب المأذون ثابت للمولى حتى تزوّج الجارية من كسبه لم يجز، وحق الملك يكفى لصحة الاستيلاد، ولا يكفى لصحة العتق كما أن للمكاتب فى كسبه حق الملك، وذلك يكفى لصحة الاستيلاد، ولم يكفِ للعتق.

قال : وكذلك لو وطئها بعد موت العبد، فقد ذكر الوطء بعد موت العبد وعليه دين فى هذا الكتاب، ولم يذكره فى مأذون الكبير، والجواب فيه كالجواب فيما إذا استولدها حال حياة العبد، وفى ذلك قياس واستحسان على رواية هذا الكتاب، فكذلك هذا.

١٩٠٥٥- وفيه أيضًا : العبد إذا اشترى شيئًا، وحابى فيه محاباة فاحشة، أو يكون له دين على رجل، فصالحه على أن يحطّ بعضًا، ويأخذ بعضًا، أو باع بيعًا بالنقد، فأخره عنه ستة أشهر، هل يجوز هذا عليه؟ قال : نعم غير الحطّ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وأما عندهما البيع بمحاباة فاحشة لا يجوز على ما مرّ قبل هذا، والتاخير جائز عندهم جميعًا؛ لأنه من صنيع التجارة، ولا بدّ للتجار منه.

ثم قال عقيب هذه المسائل : فأستحسن أن أجيزه، ولم يذكر القياس والاستحسان فى هذه المسائل فى مأذون الكبير، وإنما ذكر ههنا، ثم قال : ألا ترى لو أن عبدًا باع عشرة مخاطيم حنطة بدينار، فقال المشترى بعد ما طلع على عيب : زدنى لأجل العيب، فزاده، أجزت ذلك، فقد جوّز الزيادة فى المبيع لمكان العيب، وجعل ذلك من التجارة كحطّ بعض الثمن لمكان العيب، ذكر هذا فى الكتاب، ولم يذكره فى مأذون الكبير.

١٩٠٥٦- وفيه أيضًا : المولى إذا مرض، فأغمى عليه لا يكون هذا حجرًا على

عبده؛ لأن هذا بمنزلة النوم .

١٩٠٥٧- وفيه أيضًا: العبد المأذون إذا كان له على رجل حرّ دين ألف درهم، فوهب مولى العبد العبد من ذلك الرجل، وقبضه جازت الهبة، والدين الذى على ذلك الرجل على حاله؛ لأن المولى وهب العبد منه، أما ما وهب الدين منه، فما لم يهب منه يبقى الدين للمولى على حاله، وهذه المسألة من خصائص هذا الكتاب .

١٩٠٥٨- وفيه أيضًا: عبد مأذون عليه دين خمس مائة باعه المولى من غريمه بألف درهم، فالبيع جائز، ويكون له خمسمائة دينه، ويؤدى خمس مائة أخرى إلى المولى، فلم يحكم بسقوط دين الغريم ههنا حتى قال: له خمس مائة دينه مع أنه ملك العبد؛ لأنه ملك العبد فارغًا عن الدين؛ لأن البيع يحول الدين من الرقبة إلى الثمن، فيملك العبد فارغًا عن الدين، وبهذا الحرف يقع الفرق بين البيع والهبة، فإن المولى وهب العبد المديون المأذون من الغريم، وقبض الغريم بطل دينه؛ لأن هناك لم يتحول الدين من الرقبة إلى غيره، فبقى العبد مشغولا بدين الغريم، فإذا ملكه بالهبة بطل دينه -والله أعلم- .



فهرس المحتويات

****